

THE
CARDOZO ELECTRONIC
LAW BULLETIN

FALL 2011

RATIONAL ANGELS.
UNDERSTANDING THE THEOLOGICAL BACKGROUND
OF ECONOMIC RATIONALITY

Pier Giuseppe Monateri

COMPARAZIONE GIURIDICA E GEOPOLITICA CRITICA.
PER UNA CONTRO-NARRATIVA SULLE TRADIZIONI

Cristina Costantini

VIDEOGAMES IN U.S.A. E IN EUROPA
TRA DIRITTO, LETTERATURA E COSTITUZIONE

Gino Michele Arnone

IL DOVERE E L'INGIUSTIZIA.
RITRAENDO L'ART. 2043 C.C. COME NEGLIGENCE

Stefano Osella

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

SUBMISSIONS: The Cardozo Law Bulletin only accepts submissions made in accordance with the MLA (Modern Language Association) styles the most commonly used to write papers and cite sources within the liberal arts and humanities.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

REFEREES: Ermanno Calzolaio, Daniela Carpi, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Roberto Pardolesi, Giovanni Pascuzzi, Federico Pizzetti, Giovanni Maria Riccio, Giovanni Sciancalepore, Salvatore Sica, Andrea Zoppini, Cristina Costantini

© 1995-2011 The Cardozo Institute

2011 Edition: Vol. 17 (2011) – 2, The Fall Issue

ISSN 1128-322X

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

VOLUME XVII

FALL 2011

NUMBER 2

CONTENTS

ARTICLES

RATIONAL ANGELS.

UNDERSTANDING THE THEOLOGICAL BACKGROUND
OF ECONOMIC RATIONALITY

Pier Giuseppe Monateri

COMPARAZIONE GIURIDICA E GEOPOLITICA CRITICA.
PER UNA CONTRO-NARRATIVA SULLE TRADIZIONI

Cristina Costantini

VIDEOGAMES IN U.S.A. E IN EUROPA
TRA DIRITTO, LETTERATURA E COSTITUZIONE

Gino Michele Arnone

IL DOVERE E L'INGIUSTIZIA.
RITRAENDO L'ART. 2043 C.C. COME NEGLIGENCE

Stefano Osella

VIDEOGAMES IN U.S.A E IN EUROPA TRA DIRITTO, LETTERATURA E COSTITUZIONE

Gino M.D. Arnone

1. PLEASE INSERT COIN: VIDEOGAMES, LUDUS E PAIDIA. DALLE ORIGINI ALLA NEXT GENERATION. IL SECOLO BREVE
2. HOBBS, ROUSSEAU, MONTESQUIEU. L'ASSENZA DELL'OCCIDENTE NELL'UNIVERSO DEI VIDEOGAMES
3. 1ST AMENDMENT, FREEDOM OF SPEECH = FREEDOM OF PLAY? IL BACKGROUND DELLE SOLUZIONI E IL PUNTO DI SVOLTA "POSNERIANO" IN KENDRICK VERSO LA DEFINITIVA CONSACRAZIONE IN BROWN VS. EMA
4. COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL VIDEOGAME NEGLI U.S.A.. DIRITTO, LETTERATURA E VIDEOGAMES: IL CASO EDMUND G. BROWN, GOVERNOR OF THE STATE OF CALIFORNIA, AND KAMALA HARRIS, ATTORNEY GENERAL OF THE STATE OF CALIFORNIA V. ENTERTAINMENT MERCHANTS ASSOCIATION AND ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION
5. LA CONCURRING OPINION DI ALITO E ROBERTS: IL TRIONFO DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE
6. LE OPINIONI DISSENZIENTI DI THOMAS E BREYER E L'ORTODOSSIA JEFFERSONIANA NELLA FIRST AMENDMENT LEGAL THEORY
7. VALUTAZIONI E PROGNOSE PER IL FUTURO DEI MEDIA.
8. CORRIDOI ATLANTICI. L'ALTRA SPONDA DELL'OCEANO ELA DIFFERENTE SOLUZIONE EUROPEA
9. IL CASO OMEGA SPIELHALLEN UND AUTOMATENAUFSSTELLUNGS GMBH CONTRO OBERBÜRGERMEISTERIN DER BUNDESSTADT BONN.

10. ASPETTI CRITICI: MANCANZA DI BILANCIAMENTO E INVERSION-METHOD NELLA PRONUNCIA DELLA CURIA EUROPEA

11. IL PROBLEMA DELLA MANCANZA DI UNA CONCEZIONE UNITARIA ATTORNO ALLA QUESTIONE DELLA DIGNITA'

12. CONCLUSIONI *VIDEOGAMES* COME PARADIGMA DELLO SCONTRO TRA CULTURE INTERNE ALLA WESTERN LEGAL TRADITION. LA QUESTIONE DELL'INTERPRETAZIONE DEL TESTO COSTITUZIONALE TRA REALISMO GIURIDICO E GIUSNATURALISMO POSITIVISTA.

1. PLEASE INSERT COIN: VIDEOGAMES, LUDUS E PAIDIA. DALLE ORIGINI ALLA NEXT GENERATION. IL SECOLO BREVE.

Nel corso dell'intera storia umana il gioco ha sempre rivestito una necessità irresistibile. Lo dice Zarathustra¹, secondo cui nell'uomo autentico si nasconde un bambino che vuole giocare; ma molti prima di Nietzsche dedicarono attenzione al gioco. Aristotele², ad esempio, ne accostava l'essenza alla gioia e alla virtù, distinguendolo dalle attività praticate per necessità. In un'ottica di più ampio respiro Schiller³ evidenziava come neppure la natura fosse priva di manifestazioni di giochi, quali le sovrabbondanze, le superfluità. In questo quadro ricostruttivo, il gioco manifesta il suo essere ontologicamente un *quid* più antico della cultura, da un lato più che un fenomeno puramente fisiologico e dall'altro più che una reazione psichica fisiologicamente determinata. Il gioco è una funzione che contiene senso⁴. Si consustanzia nel *loisir*, il luogo individuato da Morin⁵ come spazio in cui l'uomo trova tempo per se stesso e per il proprio svago o, se si preferisce, nell'iper-realtà di Carzo e Centorrino⁶. E' per queste ragioni che nel tempo alcuni autori, invero non molti, primi fra tutti Huizinga⁷, Caillois⁸, Winnicott⁹, Turner¹⁰, continuarono a individuarvi una parte fondamentale della vita dell'essere umano. Il gioco, quindi, proprio perché fondamentale, non ha potuto che accompagnare l'evoluzione del genere *homo*, tanto che taluni tratteggiano l'evoluzione della specie da *sapiens* a *ludens*¹¹. Nello svilupparsi, l'attività

¹ Nietzsche, Friedrich W. *Così parlò Zarathustra*. Milano: Adelphi 1976.

² Abbagnano, Nicola. *La storia della filosofia*. Torino: Utet, 1994: 432-433.

³ Coppola, Orsola. *Psicologia dello sviluppo ed educazione*. Napoli: Simone, 1992: 214.

⁴ Huizinga, Johan. *Homo ludens*, Torino: Einaudi, 1972: 13.

⁵ Morin, Edgar. *Lo spirito del tempo*. Meltemi: Roma, 2005.

⁶ Carzo, Domenico e Centorrino, Marco. *TombRaider o il destino delle passioni. Per una sociologia del videogioco*. Milano: Guerrini e associati, 2002.

⁷ J. Huizinga, *Homo ludens*, op cit., 2005.

⁸ Caillois, Roger. *I giochi e gli uomini*. Milano: Bompiani, 1981.

⁹ Winnicott, Donald. *Gioco e realtà*. Roma: Armando Editore, 2005.

¹⁰ Turner, Victor. *The Anthropology of Performance*. New York: Paj Publications, 1988.

¹¹ Huizinga, John. *Homo ludens*. op cit., 2005.

ludica ha quindi seguito quelle forme sempre nuove che i moderni contesti e la *techne* gli imponevano. Forme che trovano oggi il loro *zenit* nei *videogames* e nella loro capacità di ridefinire in continuazione i precedenti modi di intendere il divertimento nelle *nuances* via via graduate di *ludus* e *paidia*¹², rimodulando così la sintassi, i paesaggi e, più in generale, i luoghi di rappresentazione dello svago, non più reali e alle volte neppure rispondenti alle leggi della fisica, sebbene ugualmente magnetizzati verso l'originaria *matrix* del divertimento. Si potrebbe dire allora che con i *videogames* è mutato non il fine ma piuttosto il mezzo, ossia è variata non tanto la natura del gioco quanto piuttosto le vie attraverso le quali la persona si dirige verso la distensione, la competizione, l'evasione, la mimesi e la vertigine¹³. Va poi incidentalmente rilevato come tale metamorfosi si sia realizzata velocemente. Il '900 è stato anche per i *videogame* un secolo breve¹⁴. I videogiochi sono passati dal tempo delle *Origins*¹⁵ (1958-1977) a quello della *Golden Age*¹⁶ (1978-1982) e poi ancora dal sistema del *Coin-up*¹⁷ a

¹² Intendendosi con *ludus* il gioco strutturato e con *paidia* il gioco libero e senza regole.

¹³ Rilettura in chiave moderna delle categorie già discusse da *Caillouis* il quale ha individuato una tipologia di generi di gioco, ciascuno dei quali presuppone nel giocatore un atteggiamento e un'aspettativa specifici: l'*agon* (il gioco competitivo), l'*alea* (il gioco affidato al caso), l'*ilinx* (la vertigine sensoriale) e il *mimicry* (l'immedesimazione in qualcosa d'altro, come i giochi di ruolo). Vedi Callois, Roger. *I giochi e gli uomini*. op. cit., 1981.

¹⁴ Il riferimento, *mutatis mutandis*, è ovviamente al poderoso lavoro di Hobsbawm, Eric J. *Il secolo breve 1914-1991*. Milano: Rizzoli, 2007.

¹⁵ Volendo identificare alcune date: nel 1958 W. A. Higinbotham realizza *Tennis for Two* visualizzato su un oscilloscopio; nel 1961 S. Russell realizza *Spacewar!*; nel 1964 nasce *Sega Ent.* dalla fusione della *Rosen Ent.* con la *Service Games*; nel 1971 N. Bushnell progetta commercializza *Computer Space*, nel 1972 *Bushnell* fonda ATARI e produce *Pong*. Nasce il primo sistema da gioco casalingo: *Magnavox Odyssey*, nel 1975 la *Namco* vede i natali e poi nel 1977 *Sigeru Miyamoto* rende popolare la *Nintendo*.

¹⁶ Nel 1978 *Space Invaders (Midway)* conquista il mercato; nel 1979 nasce la *Capcom* e *Asteroids* diventa il *best-seller* di ATARI. *Mattel* lancia il sistema *Intellivision Game Console*; nel 1980 sorge la *Activision*, primo *publisher* indipendente. Grandi classici entrano nel grande circuito commerciale: *Pac-Man*, *Battlezone*, *Missile Command*; nel 1981 s'affaccia sul mercato *Donkey Kong (Nintendo)* e *Centipede (ATARI)*. Negli USA viene pubblicata la prima rivista specializzata: *Electronic Games*. Cfr. <http://www.aesvi.it>, ultima visita settembre 2011.

¹⁷ Con tale espressione si intendono le macchine da bar azionate da una moneta.

quello dell' *Modern Age*¹⁸ (1983-1995¹⁹) fino all'era contemporanea della *Next Generation*²⁰, (1995–2012) caratterizzata dal perfezionamento degli *hardware* e dei *software* nonché dallo sbarco del *videogame* su *mobile phones* e sui *tablets*, assumendo a 360 gradi un ruolo primario²¹ nell'intrattenimento della persona. Nonostante il ruolo oggi assunto, la nostra cultura tende però a guardare i *videogames* ancora con un certo pregiudizio. Le ragioni sono state da taluni individuate nel loro essere uno dei pochi campi d'analisi nei quali l'esaminatore è per lo più un soggetto che non ha sperimentato direttamente l'esperienza interattiva e che quindi tende a osservarla con distacco. L'osservazione sembra fondata se si considera che, diversamente, da generazioni e generazioni, gli studiosi delle arti classiche, come la letteratura, il teatro, il cinema, sono tradizionalmente degli *aficionados* della materia di volta in volta scandagliata. Questa disparità di trattamento è però ingiustificata. *Huizinga* e *Callois* hanno acutamente messo in luce che la traduzione di “gioco”, poiché multi semantica, avrebbe dovuto consigliare maggior prudenza, non fosse altro che in inglese, francese e tedesco i concetti di “gioco” e di “giocare”, e quelli di “recitare”, sono

¹⁸Che vende l'introduzione delle prime console domestiche. Nel 1984 *Nintendo* lancia in Giappone il *Family Computer (Famicom)* e il matematico russo *Pajitnov* progetta *Tetris*; nel 1987 esce *The Legend of Zelda* e *Sega* produce la console *Mega Drive a 16-bit* (in USA *Genesis*); Nel 1988 *Square Soft* pubblica *Final Fantasy*; nel 1989 *Nintendo* lancia nel mondo la console portatile *Game Boy*; nel 1990 esce *Super Mario Bros 3*; nel 1991 *Nintendo* lancia il sistema *Super NES*; nel 1993 vengono pubblicati *Myst (Broderbund)* per *Mac* e *Doom* per *Pc*. Cfr. <http://www.aesvi.it>, ultima visita settembre 2011.

²⁰ Segnata dall'ingresso di *Sony* e *Microsoft* nel mercato dei *videogames* e caratterizzata per la costante evoluzione delle *consoles*, *Playstation*, *Psp* per *Sony*, *X-box* per *Microsoft*, *Game Cube*, *DS* per *Nintendo*.

²¹ L'Associazione Editori Software Videoludico Italiana rende noto che nel 2010 ci sono stata Oltre 20 milioni di pezzi venduti, ovvero 33 videogiochi e circa 5 console al minuto, per un giro d'affari pari a 1,102 miliardi di euro. Per quanto riguarda invece il mobile gaming, Secondo i dati dell' *Year Book 2003/2004* dell'*ISFE*, nel 2003 un miliardo di persone in Europa usava il telefono cellulare (con riferimento esclusivo alla rete GSM), <http://www.aesvi.it>, ultima visita settembre 2011.

resi da parole fortemente apparentate: *game, play, jouer, spielen*.²² Sta di fatto che l'immagine video ludica è ancor oggi oggetto di aprioristico ostracismo.²³ Il primato intellettuale resta insomma feticcio della parola scritta in un campo, quello del videogioco, nel quale l'immagine vola e la parola scritta non resta. Un terreno composto non da soloni ma piuttosto a personaggi eclettici, visionari, geniali; semplici persone che hanno saputo incidere nel presente del loro tempo segnandone poi il futuro in modi assolutamente innovativi e originali. Gente come *Steve Russel* dell' MIT, papà di *Spacewar*, forse²⁴ il primo *videogame* della storia, o come *Nolan Bushnell*, papà di *ATARI* e di *Pong*. Come *Aleksej Pažitnov*, autore di *Tetris* e come *Shigeru Miyamoto*, ideatore di *Mario Bros* e *Donkey Kong*. E quando alla fantasia di uno di questi uomini si associa quella di altri - che con lui condividono la medesima passione - si generano veri e propri capolavori immaginifici. E' stato così per il *Dream Team* composto da *Hironobu Sakaguchi*, *Yuji Horii*, il mangaka *Akira Toriyama*, *Kazuhiko Aoki* e *Nobuo Uematsu*, dalle cui menti sono nati capolavori come *Chrono Trigger*, *Dragon Quest*, *Final Fantasy*. In questa *hall of fame*, da ultimo, s'inserisce a pieno diritto anche il *Master Ideo Kojima*, padre della saga di *Metal Gear Solid* così come tutti i ragazzi della *Take Two Interactive*, nella cui pancia riposa la leggendaria *Rockstar game, G.T.A. & company* per intenderci. Grazie anche a loro, ma soprattutto a coloro i quali "video giocando" hanno potuto godere del loro lavoro, la precitata condizione di pregiudizio ha potuto cominciare a sgretolarsi. Con la crescita anagrafica dei primi

²²Sul punto si vedano nuovamente e diffusamente Huzinga, John op cit., 2005.

²³ Sebbene da ultimo la 54° Biennale d'Arte di Venezia, per la prima volta, abbia aperto le sue porte ad un evento collaterale interamente dedicato alla game art: Neoludica. Art is a game 2011-1966. Questo è il nome assegnato al progetto ideato e prodotto da Musea Game Art Gallery con E-Ludo Lab.

²⁴*Spacewar* contende il primato a *Tennis for Two* di *W. A. Higinbotham* realizzato nel 1958, cfr *supra* nota 15.

videogiocatori sia è verificata una sorta di *vengeance* generazionale, concretizzatasi nei *game studies*.²⁵ Questi cominciarono a presentare il mondo dei *videogames* sotto un'altra luce, certamente meno ridicolizzante. Già, perché in linea di massima i *gamers* erano considerati tutti dei “*perditempo*”, almeno secondo la Pretura di Torino che, in una delle prime sentenze²⁶ in cui i *videogames* entrarono in contatto con il mondo del diritto, definì i giocatori “*gente sfaccendata*” laddove i videogiochi erano considerati “*aggeggi creati per sollevare dalla noia*” quel tipo di persone. In un sol colpo venivano ridicolizzati sia i *videogames* che i *videogamers* senza dare minimamente conto della complessità della materia. Non si considerava cioè che il videogioco, alla pari qualsiasi manufatto, non operava nel vuoto, ma piuttosto in un contesto sociale che tendeva a pervadere con una certa efficacia. Non si rilevava quindi che, almeno a far data dalla citata “*goldenage*”, i *videogames* erano ormai caratterizzati da *storyboards* anche complessi che tendevano ad assimilarli ai libri piuttosto che non ad altri mezzi di espressione come i film. Essi, che piaccia o no, già da parecchio tempo sono divenuti un luogo sensazionale di sperimentazione, di creazione

²⁵ Alcuni ottimi esempi di *game studies* Berger, Arthur Asa. *Video Games: A Popular Culture Phenomenon*. New York: Transaction Pub, 2002; Adams, E. & Rollings, A. *On Game Design*, New Riders. 2003; Crawford, Chris. *The Art of Computer Game Design*. Berkley: McGrawHill, 1984; Herman, Leonard. *Phoenix: The Fall and Rise of Videogames*. Springfield NJ: Rolenta Press, 1998; Hertz, J. C. *Joystick Nation: How Videogames Gobbled Our Money, Won Our Hearts and Rewired Our Minds*, London: Abacus, 1997; Jaffe, Martin. S. *Regulating Videogames, with appendix by Edward H. Ziegler*, American Planning Association. Chicago: Planning Advisory Service, 1982; Jones, Steve J. *Virtual Culture. Identity & Communication in Cybersociety*, Thousand Oaks: Sage, 1997; Kent, Steven L. *The Ultimate History of Video Games: From Pong to Pokemon. The Story Behind the Craze That Touched Our Lives and Changed the World*. New York: Prima Publish, 2001. La Plante, Alice and Seinder, Rich. *Playing for Profit*. New York: J. Wiley & Sons, 1999; Loftus, Geoffrey R. - Loftus, Elizabeth F. *Mind at Play: the Psychology of Video Games*, New York: Basic Books, 1983; Pesce, Mark. *The Playful World: How Technology Is Transforming Our Imagination*, New York: The Ballantine Publishing Group, 2000. Pool, Steven. *Trigger Happy. The Inner Life of Videogames*. London: Fourth Estate, 2000; Skurzynski, Gloria. *Know the Score: Video Games in Your High-Tech World*. New York: Bradbury Press, 1994; Sullivan, George. *Screen Play: The Story of Video Games*. New York: . Warne, 1983; Wolf, Mark J.P. *The Medium of the Video Game*. Austin: University of Texas Press. 2002.

²⁶Pret. Torino 25.5.1982 “*aggeggi creati per sollevare dalla noia gente sfaccendata*”.

di nuovi linguaggi e, anzi, alle volte sono a tal punto ben strutturati che la loro progenie da vita a prodotti editoriali, rendendo palabile la rivincita su quella presunta primazia della cultura verbo centrica alla quale si è fatto riferimento. Da *videogames a books* o da *videogames a films*. Una delle prime *inversion method* che si è avuta in tal senso è rintracciabile nell'evoluzione avutasi con il *table game Dungeons&Dragons* che ha fornito il seme necessario alla nascita di tutto il filone editoriale legato ai giochi di ruolo²⁷ (e la cui influenza si fa sentire anche in un recente lavoro di P.G. Monateri)²⁸, mentre sul versante cinematografico gli esempi si sprecano: *Wargames*, *Street Fightere Mortal Kombat* prima, più recentemente *Tomb Rider*, *Princeof Persia*, *Final Fantasy*, *Halo*, *Hitman*, *Resident Evil*, *Angry birds*. Neppure sono mancati veri e propri ibridi come i *libri game*²⁹, ossia delle avventure che invece di essere lette dall'inizio alla fine presentavano alcune possibili alternative sulle quali il lettore doveva operare una scelta. Lettori diversi, o la stessa persona in occasione di una rilettura, potevano fare scelte altrettanto diverse e con ciò condizionare lo svolgimento e l'epilogo della storia. Insomma, i *videogames* hanno dimostrato in pochi decenni di vita di avere tutte le carte in regola per assumere un ruolo culturale di primo piano, in ciò senz'altro favoriti dalla loro capacità di offrire all'utente esperienze ricreative decisamente più includenti e sollecitanti di quanto non possa offrire la lettura di un libro o la visione di un film. L'esperienza di gioco è

²⁷Molti romanzi e racconti originali — più di 100 — sono ambientati all'interno dei mondi di *D&D*, soprattutto in *Forgotten Realms* e *Dragonlance*. Fra il 2002 e il 2004 è stata pubblicata una serie di romanzi basati sui personaggi iconici creati per *D&D*.

²⁸Monateri, Pier Giuseppe. *Rational Angels. Understanding the Theological Background of Economic Rationality*. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1884057.

²⁹La saga più famosa è quella di *Lupo solitario*, parto geniale della mente dello scrittore inglese Joe Dever. È articolata in due serie, *Lupo Solitario* e *Oberon*, un totale, salvo sviste, di 12 romanzi, un gioco di ruolo, 3 videogiochi, fumetti e una guida illustrata.

rumorosa, coinvolgente, trascinante, laddove lo spettatore di una pellicola o il lettore di un libro è solitamente immobilizzato per ore e ore in silenzio. S'aggiunga poi – e qui cominciano a sorgere quei problemi che di seguito saranno affrontati - che la volontà di svagarsi e di appartenere a un universo fittizio, fantastico, parallelo, è tanto più forte se la fascinazione si sostanzia nell' illecito, nel proibito, nell'impossibile, come sempre più spesso accade per i giochi che risultano essere di maggior successo nelle vendite. L'Illecito, il proibito, l' impossibile, sono però elementi che stridono con i principi convenzionalmente ritenuti alla base del vivere civile, primo fra tutti il *neminem laedere* che, in un tale quadro di insieme, si nebulizza di fronte al mito dell'impunità virtuale, nella quale, come vedremo, si manifesta in *tota re perspecta* l'assenza dell'occidente. In sostanza, da più parti, specie negli Stati Uniti d'America, è stato avvertito il timore che la *cleavage* tra mondo reale e virtuale venga erosa e, nel tratteggiare tale rischio, alle volte con tinte fosche e apocalittiche, le libertà³⁰ hanno finito per ridursi allo stadio di assedio.

2. HOBBS, ROSSEAU, MONTESQUIEU. L'ASSENZA DELL'OCCIDENTE NELL'UNIVERSO DEI VIDEOGAMES.

E' chiaro che nell'universo del *videogame*, specie di quello violento, l'*organicismo* e il *contrattualismo* – così come emergenti nei paradigmi

³⁰ Per un primo orientamento sulla giurisprudenza nordamericana, cfr. Frantz, L. B. "The First Amendment in Balance." *Yale Law Journal* 71, (1962): 792 ss.; Nimmer, M. "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy." *California L. Rev.* 56 (1968): 935-967; Aleinikoff, T. A. "Constitutional Law in the Age of Balancing." *Yale L. J.* 96(1987): 943-1007; Vespaziani, A. "Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense." *Diritto pubblico* 2 2001:457-515.

forniti da *Thomas Hobbes*, *John Locke* e *Jean-Jacques Rousseau*³¹ -escono grande mente sconfitti giacché i videogiochi violenti sono la miglior sede elettiva in cui l'istinto naturale e primigenio tende a soddisfare i propri egoismi sopraffacendo i bisogni degli altri: In altre parole, nessuno è più disposto a rinunciare al proprio diritto originale su tutto e tutti. ³²*Canis Canem Edit*, titolo di uno dei recenti *videogames* della *Rockstar*, che rimanda all'Hobbesiano *homo homini lupus*, è oltremodo espressivo di tale modo di intendere le cose e pure *Grand Theft Auto*, *videogame* nel quale possono essere simulate una gamma pressoché infinita di azioni violente (percosse, rapina, omicidio ecc.) dimostra come il Patto di Società, il Patto di Soggezione, il Patto di Unione, valgano meno di niente in questo universo. Tali videogiochi, insomma, nella loro forma d'uso evidenziano una netta frattura, un vuoto che si manifesta nella pressoché totale assenza dell'occidente e dove *l'homo sapiens* è oramai estinto, superato dal citato *homo ludens*³³, che tesse in continuazione strategie finalizzate scomporre e i paradigmi culturali e morali del sapere moderno, spazzati letteralmente via dal *platform floor*. Come si accennava, è qui che nascono i problemi. Negli Stati Uniti ad esempio, il crescente tasso di violenza che contraddistingue i *videogames*, unitamente all'esplosione di fenomeni di cronaca nera che hanno come protagonisti gli adolescenti, ha portato recentemente la Corte Suprema a interrogarsi sulla necessità di limitarli o quantomeno regolarne la diffusione, così da poter renderli compatibili con gli interessi ed i principi sociali che connotano tradizionalmente le comunità degli individui, specialmente nel contesto di un

³¹ Il rimando è ai grandi classici del pensiero filosofico e politico: Thomas Hobbes con il suo *Leviatano*, Jean Jacques Rosseau con il suo *Contratto sociale* e John Locke con il *Trattato sul Governo* e con i *Due trattati sul Governo*.

³³Huizinga, John. *Homo ludens*. op cit.

puritanesimo “*New England*”, marcatamente *Jeffersoniano* e nel quale il padre discerne per i figli il buono dal male. In quella realtà si è imposto di verificare la legittimità di tali operazioni e quindi di valutare se, a fronte delle istanze censorie incarnate nella legge dello Stato, non fosse piuttosto il caso rendere compatibili o di bilanciare i *videogames* violenti con quei valori che pure hanno tradizionalmente caratterizzato le medesime società, in *primis* la libertà di espressione³⁴. Il tema si colloca peraltro appieno nella cuore filosofico della società americana, rintracciabile nel manifesto *On liberty* di *John Stuart Mill*³⁵. Secondo *Mill* l'individuo è libero di raggiungere la propria felicità come meglio crede, nessuno potendolo costringere a fare qualcosa con la motivazione che è meglio per lui. Rileggendo *Mill*, il *videogame* diviene una macchina della felicità appositamente sviluppata per soddisfare il giocatore per mezzo di una gratificazione istantanea e la cui azionabilità potrà essere limitata solamente laddove dal suo esercizio derivi un danno a qualcun altro. Sempre secondo *Mill*, solo in quest'ultimo caso l'umanità è giustificata ad agire allo scopo di proteggersi e, quindi, lo Stato è altrettanto giustificato ad indirizzare la vita degli individui. Vale quindi la pena di fare *l'update* della questione domandandosi se *freedom of speech* può voler dire anche *freedom of play* a tal fine apparendo utile ricostruire l'estensione che nel corso degli anni la giurisprudenza americana ha attribuito alla libertà di espressione fino alla recente pronuncia *Brown vs. E.M.A.* che ha posto

³⁴ Per una comprensione generale della questione del bilanciamento dei diritti, anche con riferimento all'interpretazione dei testi costituzionali, si veda Dworkin, Ronald. *I diritti presi sul serio*. Bologna: Il Mulino, 1982. Gianformaggio, Letizia. “L'interpretazione della Costituzione tra applicazioni di regole e argomentazione basata su principi.” *Riv. int. fil. dir.* (1985): 65-103; Zagrebelsky, Gustavo. *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*. Torino: Einaudi, 1992.

³⁵ Mill, John Stuart. *On liberty*. London: Penguin Classic, 1974.

l'ultima parola in merito alla *querelle* agitata contro i *videogames* ormai da almeno trent'anni.

3. 1ST AMENDMENT, FREEDOM OF SPEECH = FREEDOM OF PLAY? IL BACKGROUND DELLE SOLUZIONI E IL PUNTO DI SVOLTA "POSNERIANO" IN KENDRICK VERSO LA DEFINITIVA CONSACRAZIONE IN BROWN VS. E.M.A.

La questione, meglio, la soluzione alla questione "*Freedom of speech*³⁶ = *Freedom of play*?" esige (i) l'individuazione all'interno del *videogames* di sufficienti elementi comunicativi, espressivi o informativi tali da qualificarlo come mezzo espressivo al pari dell'arte e della letteratura, della tecnologia, della comunicazione di massa e quindi se - nel sussistere di quei prerequisiti, - (ii) debba essere accordata al videogioco la libertà di espressione, esattamente come fu per i *movies* almeno dal 1952, data in cui la *U.S. Supreme Court*, nel caso *Joseph Burstyn v. Wilson*, estese anche ai film la tutela di primo emendamento³⁷. In tale ambito, il *background* delle decisioni statunitensi tratteggia in quadro d'insieme inizialmente restrittivo e che ha certamente alimentato le istanze censorie. I *videogames* non erano tradizionalmente considerati beneficiari della *free speech clause* in quanto identificati per lo più come strumenti di "*mere entertainment*", privi cioè di messaggi da trasmettere. *America's Best Family Showplace Corporation v. City of New York Department of Buildings* è considerata il

³⁶*Freedom of speech*, vale a dire libertà di parola, non ha mai reso bene l'idea di cosa fosse contenuto in tale libertà. Appare preferibile usare l'espressione *freedom of expression*.

³⁷ *Burstyn, Inc. v. Wilson*, 1952: "It cannot be doubted that motion pictures are a significant medium for the communication of ideas. They may affect public attitudes and behavior in a variety of ways, ranging from direct espousal of apolitical or social doctrine to the subtle shaping of thought which characterizes all artistic expression. The importance of motion pictures as an organ of public opinion is not lessened by the fact that they are designed to entertain as well as to inform."

primo caso ad essersi occupato *funditus* della questione e ivi si trova affermato come “*In no sense can it be said that video games are meant to inform. Rather, a video game, like a pinball game, a game of chess, or a game of baseball, is pure entertainment with no informational element*”³⁸ dal momento che “*it seems clear that before entertainment is accorded some First Amendment protection there must be some element of information or some idea being communicated.*” Di poco successivo, ma del medesimo tenore, pure il precedente *Kaye v. Planning & Zoning Com.* con cui la Corte Suprema del Connecticut precisava che “*The question of video games as protected speech requires a factual determination of whether video games import sufficient communicative, expressive or informative elements to constitute expression protected under the first amendment. Moreover, a resolution of this issue will also determine the standard under which the town's regulations are to be scrutinized.... Each medium of expression, of course, must be assessed for first amendment purposes by standards suited to it, for each may present its own problems. It seems clear that before entertainment is accorded first amendment protection there must be some element of information or some idea communicated. That element is clearly lacking here. Therefore, this court finds that video games are not a form of speech protected by the first amendment.*”³⁹ I videogiochi hanno ricevuto non dissimile trattamento anche in *Caswell v. Licensing Commission for Brockton*⁴⁰ ove, per la prima volta, si sosteneva l’argomento dell’influenza negativa sui minorenni poi recentemente riaffrontato nel caso *Brown vs E.M.A.*. Nella fattispecie, *Caswell* era un imprenditore che voleva aprire una sorta di sala giochi con settanta cabinati, ma la *Licensing Commission for Brockton* gli opponeva che tale

³⁸ America’s Best Family Showplace Corporation v. City of New York Department of Buildings, 1982.

³⁹ *Kaye v. Planning & Zoning Com.*, 1983.

⁴⁰ *Caswell v. Licensing Commission for Brockton*, 1983.

attività avrebbe causato problemi per la sicurezza, stante il vagabondaggio giovanile che determinati strumenti avrebbero inevitabilmente causato. *Caswell* rilevava quindi la violazione del diritto di associazione e riunione dei suoi clienti, richiedendo che ai *videogame* fosse riconosciuto lo *status* di mezzo espressivo al pari dei contenuti trasmessi dalla televisione o dai film e nel farlo allegava al fascicolo documenti il *best seller game Space Invaders*. Ebbene, *Space Invaders* fu considerato dai giudici alla pari di un giro sui pattini a rotelle, come tale non idoneo ad essere titolato della protezione di cui al primo emendamento. Uguale destino toccò ad altri celebri *videogames* come *Pac-Man*, *Tron*, *Donkey Kong*, *Zaxxon*, *Kangaroo*, considerati nel caso *Marshfield Family nel caso Skateland v. Town of Marshfield*⁴¹ sommariamente “*technologically advanced pinball machines*”. Come si vede, la semplicità dei primi giochi era considerata elemento sufficiente dal quale inferire la mancanza di elementi comunicativi o informativi tali da poterli considerare “*form of speech*” ai sensi del primo emendamento. L’evoluzione “narrativa” alla quale si è sopra fatto cenno (cfr § 1) e quindi la caratterizzazione di un *plot*, quando non proprio di un vero *storyboard* interno al *videogame*, ha però gradualmente portato il *case law* americano a mutare orientamento, inizialmente in riferimento ai soli giochi non violenti e poi anche ad essi. Il *turning point* con cui per la prima volta si affermò la necessità di considerare i *videogames forms of speech* è *American Amusement Machine Association v. Kendrick*⁴². Siamo nel 2001 e *Richard Posner* guida l’orientamento della Corte⁴³. In questo storico precedente⁴⁴ fu deciso

⁴¹Marshfield Family nel caso Skateland v. Town of Marshfield, 1983.

⁴² American Amusement Machine Ass'n v. Kendrick, 2001.

⁴³Nel caso di specie la Corte d’Appello del settimo circuito.

⁴⁴ Il *videogame* in questione era *The House of Death*.

che un organismo governativo che si proponesse di limitare costituzionalmente la distribuzione di videogiochi violenti ai minori, avesse l'onere di supportare tale richiesta con statistiche empiriche finalizzate a dimostrare l'efficienza lesiva sui minori: "*There is no indication that the games used in the studies are similar o those in the record of this case or to other games likely to be marketed in game arcades in Indianapolis. The studies do not find that video games have ever caused anyone to commit a violent act, as opposed to feeling aggressive, or have caused the average level of violence to increase anywhere. And they do not suggest that it is the interactive character of the games, as opposed to the violence of the images in them, that is the cause of the aggressive feelings. The studies thus are not evidence that violent video games are any more harmful to the consumer or to the public safety than violent movies or other violent, but passive, entertainments.*" Laddove, con particolare riferimento alla violenza, fu ulteriormente sostenuto che "*Violence has always been and remains a central interest of humankind and a recurrent, even obsessive theme of culture both high and low. It engages the interest of children from an early age, as anyone familiar with the classic fairy tales collected by Grimm, Andersen, and Perrault is aware. To shield children right up to the age of 18 from exposure to violent descriptions and images would not only be quixotic, but deforming; it would leave them unequipped to cope with the world as we know It*". Come si vede, Posner paragona in Kendrick la violenza riscontrabile in *The House of Dead* a quella presente nei classici della letteratura come la Divina Commedia e l'Odissea, ai quali accumuna i videogames come *medium* espressivo, rifiutando altresì l'idea che i giochi elettronici siano diversi dai libri violenti perché interattivi, essendo i *media* in tal senso tutti interattivi nella misura in cui coinvolgono l'utente con la storia. Da questo momento in avanti, com'è facile capire, fu segnata una vera e

propria frattura tra la prima era dei rapporti *tra videogames e first Amendment* – nei quali giudizi come visto erano escludenti – e la seconda era – nella quale non si cercava nemmeno più di rimettere in discussione il fatto che i *videogames* fossero *speech* ai sensi del primo emendamento. Recenti pronunce lo testimoniano. In *Interactive Digital Software Ass'n v. St. Louis County, ex multis*, si trova affermato “*Whether we believe the advent of violent video games adds anything of value to society is irrelevant; guided by the first amendment, we are obliged to recognize that ‘they are as much entitled to the protection of free speech as the best of literature.’*”⁴⁵, e pure in *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*⁴⁶ la soluzione non fu differente. Questa breve analisi giurisprudenziale rende quindi possibile affermare che i videogiochi, già precedentemente al caso *Brown v. E.M.A.*, fossero beneficiari della protezione del Primo Emendamento al pari dei libri e dei film, in tal senso non variando l’estensione applicativa del diritto fondamentale della libertà di parola in ragione della sola natura del mezzo di espressione⁴⁷. In effetti, la maggior parte delle nuove proposte censorie non tentarono nemmeno più di negare la capacità del videogioco nel trasmettere messaggi. Gli strali si concentrano invece sul rilevare come in molti casi il messaggio trasmesso non potesse ritenersi incluso nella *free speech clause* perchè caratterizzato da elementi in grado di giustificare una limitazione all’estensione applicativa del primo emendamento. La Corte Suprema ha infatti sempre affermato che la protezione del *First Amendment* non fosse illimitata e per questa via si sono autorizzati i governi ad esercitare una specie di potere disciplinare su alcune categorie espressive quali l’ *Obscenity*, l’*Incitement* e le *Fighting words*. In *Chaplinsky*

⁴⁵Interactive Digital Software Ass'n v. St. Louis County, 2003.

⁴⁶ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 2002.

⁴⁷ Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 1952.

v. *New Hampshire* fu ad esempio consentito allo Stato di vietare proprio le “*Fighting words*”⁴⁸ e le “*True Treaths*”⁴⁹, che comprendono in generale tutte quelle situazioni in cui si è in presenza di istigazione a commettere un reato verso determinate categorie di persone. *Chaplinsky* era un testimone di Geova che aveva insultato un *city Marshall* apostrofandolo con l’epiteto di “*God-Damned ratcheteer*” e “*damned fascist*” in un luogo pubblico, venendo così arrestato per aver violato la legge locale che puniva la “*breach of the peace*”. Si poneva il problema di verificare se la legge sul “*breach of the peace*” violasse o meno la libertà di parola di *Chaplinsky*. Fu così affermato che alcune forme di espressione, in particolare quelle per il tramite delle quali si minacciava un male fisico o che comunque tendevano a incitare la “*rottura della pace*”, non potessero considerarsi protette ai sensi del primo emendamento. Ancora prima, e in termini ancor più generali, la medesima *ratio* veniva espressa in *Brandenburg v. Ohio*⁵⁰, ove veniva vietato l’*Incitement* a commettere una azione illegale, quale che fosse⁵¹, ma purchè le espressioni impiegate fossero dirette effettivamente ad istigare a commettere un’azione illegale, cosa che in quel caso non poteva però affermarsi. *Brandenburg* era un *leader* del *Ku Klux Klan* che aveva tenuto un discorso a seguito del quale fu arrestato secondo le leggi locali che vietavano che metodi illegali, criminali e violenti potessero accostarsi a programmi attraverso i quali ottenere riforme

⁴⁸R.A.V. v. City of St. Paul, 1992; *Brandenburg v. Ohio*, 1969.

⁴⁹*Chaplinsky v. New Hampshire*, 1942: “*The protections the First Amendment affords speech and expressive conduct are not absolute. This Court has long recognized that the government may regulate certain categories of expression consistent with the Constitution.*”

⁵⁰*Brandenburg v. Ohio*, 1969.

⁵¹*Brandenburg v. Ohio*, 1969. “[*T*]he constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.”

industriali o politiche. La Corte Suprema sentenziò che la legge dell'Ohio era incostituzionale perché violava il diritto di parola di *Brandenburg*, elaborando a tal fine un duplice *test* secondo il quale una *form of speech* solo se (i) diretto a incitare un'imminente azione illegale e (ii) solo se è idoneo a provocare un'azione illegale. La legge dell'Ohio invece riteneva semplicemente illegale insegnare dottrine, ignorando se queste potessero o no istigare a commettere "*lawless actions*." Nello stesso senso pure *Virginia v. Black*⁵² in cui il giudice O'Connor descrive le "*true threats*" as "*encompass[ing] those statements where the speaker means to communicate a serious expression of an intent to commit an act of unlawful violence to a particular individual or group of individuals*." Ciò posto, diviene interessante esaminare come i portatori di interessi contrari all'estensione del primo emendamento ai *videogames* abbiano cercato di applicare tali limitazioni. Un recente esempio viene dal caso *Wilson v. Midway Games*⁵³. Si trattava della madre di un ragazzino che citò la *Midway Games* affermando che *Mortal Kombat* avesse incitato l'amico di suo figlio a praticare sul medesimo una "*finishing move*". L'*incitement*, categoria come visto tradizionalmente in grado di limitare l'ambito di operatività della *free speech clause*, veniva quindi impiegata per censurare indirettamente il *videogame* della *Midway*. I giudici respinsero tuttavia la richiesta ritenendo che la madre non fosse stata in grado di dimostrare che i *game makers* avessero l'intento di istigare gli utenti a praticare attività violente, mostrando quindi di valorizzare l'insegnamento tracciato in *Brandenburg*. Una *probatio* a dir poco diabolica. Tanto diabolica che ci si rivolse allora all'oscenità, che sembrava poter offrire maggiori margini di manovra.

⁵² *Virginia v. Black*, 2003.

⁵³ *Wilson v. Midway Games*, 2002.

Questa, specie nella sua variante sessuale, non era ritenuta tutelabile dal primo emendamento almeno a far data dai *leading cases* *Ginsberg v. New York*⁵⁴ e *Miller v. California*⁵⁵, essendo quindi lecito vietare o limitare la diffusione dei *media* che la contenevano. Per intenderci, *Miller* era un imprenditore condannato in base alle leggi locali per aver condotto una massiccia campagna promozionale relativa alle vendite di materiale “*per adulti*”. Ci si chiese se il primo emendamento tutelasse la distribuzione e diffusione di materiale “*osceno*”. La Corte Suprema elaborò all'uopo il c.d. *Test di Miller* con ciò venne stabilito che la diffusione di materiale osceno non potesse rientrare nell'ambito di tutela del primo emendamento nel sussistere di tutte e tre le seguenti condizioni: (i) *Whether "the average person, applying contemporary community standards", would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest*, (ii) *Whether the work depicts/describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by applicable state law*, (iii) *Whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political or scientific value*. Tenendo a mente tale tripartizione, giunge il momento di verificare come nel caso *Brown vs. E.M.A.*, ultima tappa della guerra ai *videogames*, la California abbia cercato di allargare le maglie del concetto di oscenità elaborato in *Ginsberg* proprio al fine di rendere analogicamente applicabili alla violenza le medesime limitazioni che vigevano nello stato di *New York* per il materiale considerato osceno, come emerge peraltro apertamente dalla relazione introduttiva presentata alla U.S. Supreme Court: “*The California law at issue today be fore this Court differs from the New York law at*

⁵⁴Ginsberg v. New York, 1968.

⁵⁵ Miller v. California, 1973: “*it is permissible to prohibit only that obscenity that is most patently offensive in its prurience.*”

issue in Ginsberg in only one respect: Where New York was concerned with minors' access to harmful sexual material outside the guidance of a parent, California is no less concerned with a minor's access to the deviant level of violence that is presented in a certain category of video games that can be no less harmful to the development of minors". Ora come allora, l'intento dichiarato era quello di tutelare i minori in tutti quei casi in cui i genitori non possono essere presenti nel guidare le loro scelte. Come vedremo subito gli esiti sono stati però del tutto differenti.

4. COSTITUZIONALIZZAZIONE DEL VIDEOGAME NEGLI U.S.A. DIRITTO, LETTERATURA E VIDEOGAMES: IL CASO EDMUND G. BROWN, GOVERNOR OF THE STATE OF CALIFORNIA, AND KAMALA HARRIS, ATTORNEY GENERAL OF THE STATE OF CALIFORNIA V. ENTERTAINMENT MERCHANTS ASSOCIATION AND ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION.

Con *Brown vs. E.M.A.*, per la prima volta, *la U.S. Supreme Court* è stata chiamata a pronunciarsi direttamente sui rapporti tra *videogames* e primo emendamento e quindi sulla loro idoneità a costituire *forms of speech* così come pure è stata chiamata a prendere posizione in merito alla capacità della violenza a costituire un limite alla libertà di espressione. Come anticipato il caso rappresenta l'ultimo tentativo, colossalmente fallito, di limitare la diffusione dei *videogames* violenti e quindi di restringere l'ambito operativo della libertà di espressione. La vicenda ha inizio il 7 ottobre del 2005 quando il governatore della

California Schwarzenegger⁵⁶ firmò una legge⁵⁷ promossa dal senatore californiano Leland Yee. Tale legislazione si proponeva di vietare la vendita di videogiochi violenti ai minori di diciassette anni, richiedendo una chiara etichettatura al di là del sistema esistente classificazione ESRB (*Entertainment Software Rating Board*⁵⁸), sostenendo che i videogiochi violenti – nel caso di specie *Grand Theft Auto* - non potessero beneficiare della protezione del primo emendamento in quanto la gamma di opzioni disponibili (uccidere, rapinare, mutilare) facesse appello a un deviante interesse dei minori, palesemente offensivo rispetto agli standard prevalenti nella comunità su ciò che era ad essi adatto.⁵⁹ Nella decisione, presa a maggioranza sette contro nove, di cui due concorrenti e due dissenzienti, la Corte Suprema ha giudicato incostituzionale la proposta di legge, estendendo anche ai videogiochi la tutela accordata dal primo emendamento alla Costituzione. Sebbene, come si vedrà, non pare eccessivo ritenere che *Brown vs E.M.A.* si limiti di fatto a recepire lo *status quo* della giurisprudenza indicata *sub § 3*, con diretto riferimento al caso Kendrick, tale pronuncia finisce per divenire storica nella misura conferisce all'orientamento prevalente in materia di *game legal theory* l'*auctoritas* della Corte Suprema. Come spesso accade nelle sentenze della Corte è uno dei *nine black man* a dare il via agli altri nell'individuazione del sentiero più giusto da imboccare. Nel caso di

⁵⁶Il caso si è tramutato da Schwarzenegger v. EMA a Brown v. EMA nel gennaio 2011 quando Jerry Brown è succeduto ad Arnold Schwarzenegger come governatore della California.

⁵⁷California Assembly Bill 1179, 2005.

⁵⁸Molto simile alla classificazione PEGI (*Pan European Game Information*) impiegata in Europa.

⁵⁹Yee è anche un psicologo infantile e in un'intervista al *California Chronicle* ha indicato le ragioni della sua legge: "Based on an extensive body of peer-reviewed research from leading social scientists and medical associations, we narrowly tailored this law to serve the State's compelling interest in protecting children. We need to help empower parents with the ultimate decision over whether or not their children play in a world of violence and murder. The video game industry should not be allowed to put their profit margins over the rights of parents and the well-being of children."

specie l'intera motivazione orbita attorno all'opinione del Justice Scalia⁶⁰ che fonda la sua *opinion* su cinque pilastri principali: 1. il *videogame*, al pari della letteratura, è soggetto alla tutela del primo emendamento; 2. la violenza non è elemento in grado di giustificare la restrizione della *free speech clause* e non può essere accostata analogicamente all'oscenità secondo la *doctrine Ginsberg*; 3. l'interattività non può essere considerata come elemento in grado di giustificare la disparità di trattamento tra *videogame* violenti e libri violenti; 4. non ci sono evidenze scientifiche che dimostrino l'incidenza negativa dei *videogames* violenti sui comportamenti dei minori. 5. eccessiva vaghezza di una legge che finisce per essere "*neither fish nor fowl*". Vediamoli in dettaglio. Nell'ordine si afferma quindi che i *videogames*, come i libri protetti, i giochi e i film che li hanno preceduti, comunicano idee e persino messaggi sociali attraverso molti strumenti letterari familiari (come i personaggi, i dialoghi, la trama, la musica). Per tali motivi essi possono essere considerati veri e propri prodotti letterari e, pertanto, legittimamente titolati ad usufruire della libertà di parole: "*Like the protected books, plays, and movies that preceded them, video games communicate ideas-and even social messages-through many familiar literary devices (such as characters, dialogue, plot, and music) and through features distinctive to the medium (such as the player's interaction with the virtual world). That suffices to confer First Amendment protection.*". E' però riguardo al connubio tra violenza, libri e *videogames* che Scalia dà il meglio di sé. Nell'incedere motivazionale i fratelli Grimm salgono in cattedra con *Cenerentola, Hansel & Gretel, Polifemo, i Ciclopi, il Signore*

⁶⁰ Per altro davvero sorprendente se si considera che in una recente intervista egli ebbe a dichiarare come le leggi che limitavano l'accesso dei minori ai *videogame* potevano considerarsi costituzionali. Cfr "*Justice Scalia's Opinion of Recent Video Game Legislation*", Laws of Play, 2008, <http://www.lawsofplay.com/articles/justice-scalias-opinion-of-recent-video-game-legislation>, ultima visita, settembre 2011.

delle mosche e l'inferno dantesco. In particolare, la *U.S. Supreme Court*, dopo aver rilevato che il “ *California's argument would fare better if there were a longstanding tradition in this country of specially restricting children's access to depictions of violence, but there is none* ” e quindi che negli Stati Uniti, e in particolare in California, non c'è mai stata la tradizione di limitare in modo specifico l'accesso dei bambini alle descrizioni di violenza, rileva: “ *Certainly the books we give children to read—or read to them when they are younger—contain no shortage of gore. Grimm's Fairy Tales, for example, are grim indeed. As her just deserts for trying to poison Snow White, the wicked queen is made to dance in red hot slippers "till she fell dead on the floor, a sad example of envy and jealousy." . . . Cinderella's evil stepsisters have their eyes pecked out by doves. And Hansel and Gretel (children!) kill their captor by baking her in an oven*”; precisando poi ancora “ *High-school reading lists are full of similar fare. Homer's Odysseus blinds Polyphemus the Cyclops by grinding out his eye with a heated stake. . . . ("Even so did we seize the fiery-pointed brand and whirled it round in his eye, and the blood flowed about the heated bar. And the breath of the flame singed his eyelids and brows all about, as the ball of the eye burnt away, and the roots thereof crackled in the flame")*. In the *Inferno*, Dante and Virgil watch corrupt politicians struggle to stay submerged beneath a lake of boiling pitch, lest they be skewered by devils above the surface [...] And Golding's *Lord of the Flies* recounts how a schoolboy called Piggy is savagely murdered by other children while marooned on an island. Ed in effetti Scalia coglie nel segno, almeno a considerare che al tempo in cui i fratelli Grimm pubblicarono la prima raccolta di favole per bambini, nel 1812, il mondo era diverso e, almeno per i bambini, certamente peggiore di quanto non sia quello attuale. I minori erano utilizzati come forza lavoro, visti come bocche da sfamare, sottoposti ad ogni genere di abuso, anche sessuale; l'abbandono era la regola e si

configurava come prassi alternativa e meno radicale rispetto a quanto non fosse l'infanticidio, usanza altrettanto invalsa ed accettata. Dalle favole dei fratelli Grimm emerge efferatezza, orrore, violenza e non di meno esse sono sempre state considerate un prodotto della cultura in quanto depositarie di una radice simbolica che affonda nel folklore della civiltà e ne racconta gli istinti oscuri, a nulla valendo pertanto rilevare, come vedremo, che il libro non sarebbe caratterizzato da quell'interattività che invece tradizionalmente identifica i videogiochi. Quanto invece al terzo pilastro, "*Books & videogames* entrambi interattivi", si rifiuta il concetto che i giochi siano intrinsecamente più dannosi per la loro interattività, posto in America i libri interattivi non sono una novità e già dal 1969, con le prime pubblicazioni di *The Adventures of You: Sugarcane Island*, i giovani lettori avevano accesso a prodotti editoriali molto simili a quelli che in Europa conosciamo come libri game, nei quali cioè gli "*young readers of choose-your-own adventure stories have been able to make decisions that determine the plot by following instructions about which page to turn to*". Con riferimento invece alla mancanza di evidenze scientifiche circa l'incidenza negativa dei *videogames* sul comportamento dei minori, l'opinione di maggioranza sconfessa le prove scientifiche fornite dai rappresentanti della California in merito all'incidenza negativa dei *videogames* violenti sul comportamento dei minorenni. Le prove in tal senso portate dallo Stato non sono sembrate convincenti perché fondate principalmente su ricerche che si sono mostrate deficitarie per difetto di rigore metodologico. Tali studi – rileva la Corte - sono stati respinti a buona ragione da ogni corte che li ha dovuti esaminare perché non in grado di dimostrare che i videogiochi violenti incoraggino i minori nell'agire in modo aggressivo (il che sarebbe almeno un inizio, a parer della

Corte Suprema), dimostrano solamente – e nel migliore dei casi - una certa correlazione tra l'esposizione al divertimento violento e alcuni minuscoli effetti nel mondo reale, come l'essere più aggressivi o parlare a voce alta per pochi minuti dopo la fine dell'attività con il videogames violento: *"The State's evidence is not compelling. California relies primarily on the research of Dr. Craig Anderson and a few other research psychologists whose studies purport to show a connection between exposure to violent video games and harmful effects on children. These studies have been rejected by every court to consider them, and with good reason: They do not prove that violent video games cause minors to act aggressively (which would at least be a beginning). Instead, "[n]early all of the research is based on correlation, not evidence of causation, and most of the studies suffer from significant, admitted flaws in methodology."* They show at best some correlation between exposure to violent entertainment and minuscule real-world effects, such as children's feeling more aggressive or making louder noises in the few minutes after playing a violent game than after playing a nonviolent game. "In ultimo, riferendosi cioè alla *Neither fish nor fowl doctrine*, Scalia rileva, con non poco sarcasmo, come la legge non sarebbe in realtà in grado proteggere i giovani dello Stato in alcuna maniera, posto che la California sarebbe comunque perfettamente disposta a lasciare questi pericolosi e fuorvianti strumenti nelle mani dei minori ogni qual volta ciò stesse bene ad uno dei genitori o anche solo ad uno zio: *"Finally, the opinion states that the law wouldn't actually protect the state's young people, stating, "The California Legislature is perfectly willing to leave this dangerous, mind-altering material in the hands of children so long as one parent (or even an aunt or uncle) says it's ok."* La legge viene definita quindi *"neither fish nor fowl"*, né carne né pesce.". Non è carne nella misura in cui vieta l'accesso dei minori alla violenza ma solo per i *videogames* e non per

altri mezzi quali i film. In tal senso la legge è definita “*under inclusive*”, in quanto escludente qualcosa che dovrebbe essere contenuto nelle restrizioni; ma non è neppure pesce in quanto “*over inclusive*”, includendo cioè più del necessario, permettendo, come appena visto, al genitore, ma anche ad altri parenti, di autorizzare il minore ad accedere al violenza contenuta nei *videogame* sulla sola convinzione che quelli siano passatempi innocui. Ovviamente i due elementi, *under* e *over inclusiveness* non si possono tra di loro compensare: “*And the over breadth in achieving one goal is not cured by the under breadth in achieving the other. Legislation such as this, which is neither fish nor fowl, cannot survive strict scrutiny*”. Nella medesima direzione va anche la critica diretta alla che circonda contenuti che dovrebbero essere invece individuati con dovizia di particolari attesa la loro angolare importanza. Il principale esempio che può darsi concerne la mancata individuazione dell’*average minor* al quale la normativa si rivolgerebbe, tanto che Scalia, incalzando il rappresentante della California, invero deridendolo, fino al punto da mandarlo letteralmente nel pallone⁶¹, giunge retoricamente ad sostenere: “*Because the average minor is half way between 0 and 18, is that 9 years old?*”

⁶¹ Le trascrizioni del “dialogo” sono interamente disponibili sul sito ufficiale della U.S. Supreme Court, www.supremecourt.gov.

5. LA CONCURRING OPINION DI ALITO E ROBERTS: IL TRIONFO DEL PRINCIPIO DI PRECAUZIONE.

L'opinione concorrente è stata scritta dal giudice Alito e ratificata da Roberts. In essa *Justice* Alito manifesta l'evidente turbamento e disgusto per la violenza presente in alcuni videogiochi. Tuttavia la sua posizione finisce per essere ugualmente contraria alla legge della California, sebbene, come si capisce viste le premesse, per ragioni molto diverse da quelle di Scalia. Non tanto, quindi, perché "*disgust is not a valid basis for restricting expression*", come sostiene la maggioranza, quanto piuttosto perché la legislazione della California, alla quale Alito riconosce un carattere altamente meritorio, è stata scritta senza la dovuta precisione richiesta dalla Costituzione, contenendo cioè una restrizione della libertà di espressione eccessivamente ampia: "*Although the California statute is well intentioned, its terms are not framed with the precision that the Constitution demands, and I therefore agree with the Court that this particular law cannot be sustained.*" Alito aderisce quindi al quinto pilastro che regge l'opinione di maggioranza, ma questo non gli ha comunque impedito di scagliare vere e proprie sassate alle *rationes* espresse da Scalia, che viene accusata di aver ritenuto applicabile la giurisprudenza dei casi precedenti a quello in oggetto con eccessiva leggerezza e superficialità. Alito ritiene che nell'applicare gli immutabili principi costituzionali alle nuove tecnologie, sempre e in rapida evoluzione, la Corte avrebbe dovuto procedere con cautela, prendendo in considerazione la possibilità che lo sviluppo della tecnologia sia ben in grado avere importanti implicazioni sociali che diventeranno evidenti solo con il passare del tempo. Poca cautela quindi, nonché frettolosa chiusura verso il giudizio dei legislatori, che

nell'opinione di Alito si trovano in una posizione migliore rispetto a quella dei giudici per valutare le implicazioni delle nuove tecnologie: *"In considering the application of unchanging constitutional principles to new and rapidly evolving technology, this Court should proceed with caution. We should make every effort to understand the new technology. We should take into account the possibility that developing technology may have important societal implications that will become apparent only with time. We should not jump to the conclusion that new technology is fundamentally the same as some older thing with which we are familiar. And we should not hastily dismiss the judgment of legislators, who may be in a better position than we are to assess the implications of new technology. The opinion of the Court exhibits none of this caution."* Questa prudente posizione, ancora prima che segnare le consuete linee di tensione nei rapporti tra legislatore e costituzione, sembrerebbe costituire un'evidente applicazione del principio di precauzione, ossia di quella teoria che impone di tenere una politica di condotta cautelativa nelle decisioni sulla gestione di una questione scientificamente controversa, quale quella relativa all'incidenza negativa dei giochi violenti sulle condotte dei minorenni. A questo riguardo, il pensiero di Alito impatta nuovamente contro quello di Scalia e dell'intera maggioranza, invitata a rimettere in discussione l'equazione attraverso la quale si assimila il comportamento di chi spende delle ore a controllare le azioni di un personaggio armato che causa decine di vittime innocenti a quello di chi si dedica alla lettura di contenuti violenti inseriti in un'opera letteraria: *"spending hour upon hour controlling the actions of a character who guns down scores of innocent victims is not different in 'kind' from reading a description of violence in a work of literature."* Se la Corte è sicura di tale equazione, Alito non lo è affatto: *"The Court is sure of this I am not."* Il Justice stressa allora tutta la

sua preoccupazione rilevando come solo un lettore straordinariamente fantasioso che legge la descrizione di un omicidio in un lavoro letterario sarà capace di vivere l'esperienza come potrebbe invece facilmente fare chiunque avesse giocato il ruolo del *killer* in un videogioco: *"When all of the characteristics of video games are taken into account, there is certainly a reasonable basis for thinking that the experience of playing a video game may be quite different from the experience of reading a book, listening to a radio broadcast, or viewing a movie. And if this is so, then for at least some minors, the effects of playing violent video games may also be quite different. The Court acts prematurely in dismissing this possibility out of hand."* La legge della California, al di là della eccessiva vaghezza, sarebbe quindi valida perché integrerebbe il sistema di autoregolamentazione ESRB, rivelatosi essere inefficace, nulla più che un consiglio ed è per questo che la legge dovrebbe essere interpretata non nel senso di strumento attraverso il quale limitare in maniera generale l'accesso dei minori a determinati contenuti, quanto in quello di tonificante per potere decisionale dei genitori secondo i principi consolidati nel citato precedente *Ginsberg*. In definitiva l'opinione concorrente di Alito non risparmia nessuno giacché finisce per criticare, in un solo momento, sia il modo di redazione della legge della California, effettivamente non compatibile con la costituzione, sia la leggerezza con cui la maggioranza ha ritenuto di dover risolvere la questione. Se l'ultimo aspetto attiene a situazioni tutto sommato normali nell'incedere operativo della Corte, il primo induce a riflettere sulla possibilità che in futuro la questione si possa ripresentare, con esiti differenti, ma solo alla presenza di una normativa chiara e che contenga la tipizzazione specifica delle

fattispecie che, elevate al rango di eccezioni alla regola, non dovrebbero beneficiare della tutela di cui al primo emendamento.

6. LE OPINIONI DISSENZIENTI DI THOMAS E BREYER E L'ORTODOSSIA JEFFERSONIANA NELLA FIRST AMENDMENT LEGAL THEORY.

I pareri contrari della Corte Suprema sono di due tipi distinti: il primo è un parere scritto dal giudice Thomas, che ritiene che i diritti del Primo Emendamento non debbano intendersi estesi al discorso rivolto ai bambini. La decisione della maggioranza non opererebbe quindi nel rispetto dell'originale intendimento di cui al primo emendamento, che viene esteso oltremodo nell'ambito applicativo. Di conseguenza la legge della California non può a ragione essere considerata incostituzionale proprio perché limita una estensione applicative del primo emendamento che in realtà esso non ha mai contenuto: *"The Court's decision today does not comport with the original public understanding of the First Amendment," "As a consequence, I do not believe that laws limiting such speech – for example, by requiring parental consent to speak to a minor – 'abridg[e] the freedom of speech' within the original meaning of the First Amendment."* Per Thomas la *free speech clause* non ha mai incluso anche il diritto di rivolgersi a minori *"without going through the minors' parents or guardians"*. La lettura è giustificata in base ad una costruzione particolarmente rigida dell'intenzione dei padri fondatori della nazione. In tale prospettiva vi sarebbero evidenze storiche del fatto che al tempo in cui fu scritto il primo emendamento i genitori disponessero di una sorta di autorità educativa assoluta sui propri figli

minorenni, giustificata dalla necessità di favorirne il corretto sviluppo. Sarebbe pertanto assurdo suggerire alla società che la *freedom of speech* includa anche il diritto di parlare ai minori e quindi il corrispondente diritto dei minori di accedere alla *free speech clause* senza passare per i loro genitori. *"The historical evidence – ammonisce Thomas - shows that the founding generation believed parents had absolute authority over their minor children and expected parents to use that authority to direct the proper development of their children. It would be absurd to suggest that such a society understood "the freedom of speech" to include a right to speak to minors (or a corresponding right of minors to access speech) without going through the minors' parents."* Basta conoscere poco la storia dei padri fondatori per comprendere che le prove storiche alle quali fa riferimento Thomas sono le lettere scritte dal Presidente Jefferson alle proprie figlie. Il presidente Jefferson era famoso per l'intenso carteggio intrattenuto con le proprie figlie, alle quali impartiva costanti raccomandazioni sul cosa i bambini dovessero fare. Tale approccio culturale e educativo affonda le radici nel contesto della tradizione puritana del *New England* ed è proprio in base a questa lettura che Thomas ricostruisce storicamente l'estensione del primo emendamento rimarcando come i padri della nazione non avrebbero mai potuto concepire la libertà di espressione nel senso ritenervi incluso un illimitato diritto di parlare ai minori senza passare attraverso i loro genitori: *"In light of this history, the Framers could not possibly have understood 'the freedom of speech' to include an unqualified right to speak to minors.* Sotto questo punto di vista Thomas può conclusivamente sostenere che legge della California non solo non è incostituzionale, ma, anzi, diviene un strumento utile ai genitori per esercitare il potere educativo nei confronti dei propri figli. La seconda opinione dissenziente è redatta dal giudice *Breyer*. Gli

argomenti sono significativamente più ampi e profondi di quelli impiegati da *Thomas* e ruotano attorno ad alcuni punti fondamentali che è possibile individuare nell’(i) accostamento dell’oscenità alla violenza, (ii) nell’interattività come elemento giustificativo della disparità di trattamento dei *videogames* rispetto a film e libri, (iii) nella ragionevolezza e limitatezza dell’intervento legislativo rispetto ai fini perseguiti; (iv) nella presenza di evidenze scientifiche circa l’incidenza negativa di videogiochi violenti sulla psiche dei bambini e degli adolescenti; (v) nell’inadeguatezza profilattica dell’attuale sistema di *rating* dei videogiochi. A proposito del primo aspetto Breyer cita alcuni precedenti giurisprudenziali, in particolare *Prince v. Massachusetts* e *Ginsberg v. New York*, desumendo dalle *rationes* ivi contenute l’esistenza del potere dello Stato di regolare il comportamento dei bambini anche oltre l’autorità che su di essi possano esercitare i genitori. Impiegando ad arte la tecnica del confronto, Breyer evidenzia come la tesi della maggioranza finirebbe per rendere manifesta una “*Serious Anomaly In First Amendment Law*. Già sappiamo che nel precedente *Ginsberg* fu chiarito che lo Stato poteva proibire la vendita ai minori di raffigurazioni di nudità e quindi, *mutatis mutandis*, la legge della California in tema di *videogame* violenti non oltrepasserebbe l’autorità parentale se non nella misura in cui già la oltrepassano le leggi che limitano l’oscenità: “*Law – rileva Breyer-Doesn't Overstep Parental Boundaries Any More Than Obscenity Laws.*” Su queste basi, Breyer si domanda retoricamente che senso abbia proibire la vendita a un tredicenne di una rivista con l’immagine di una donna nuda, proteggendo allo stesso tempo la vendita a quel medesimo tredicenne di un videogioco interattivo in cui si ha la possibilità di legare e imbavagliare la donna, torturandola prima di ucciderla. Con brillante

sarcasmo egli invita i colleghi a riflettere se si fosse potuti pervenire a diversa conclusione laddove la donna torturata fosse in “*topless*”; neppure poteva essere condivisa l’idea che la legge della California fosse eccessivamente vaga nella descrizione della violenza - ciò che come visto veniva contestato dalla *majority opinion* - dal momento che parole come “*kill, maim and dismember*” descrivono la violenza non peggio di come la parola “*nudity*” descriva “*obscenity*”. In ogni caso la normativa conterebbe per Breyer solo una “*modest restriction*” e quindi una limitazione accettabile alla libertà di espressione dal momento che l’unica cosa che previene è l’acquisto da parte di un bambino o di un adolescente di un *videogame*, per di più ritenuto inadeguato dalla stessa industria dei videogiochi. Di contro non sarebbe invece impedito a nessuno né di giocare né di acquistare un *videogame* con il consenso dei genitori. Breyer non ritiene poi ipotizzabile che per effetto perverso della legge si potesse giungere a limitare la diffusione di altri mezzi espressivi dal momento che l’elemento differenziante è proprio quell’interattività che la maggioranza ha invece ritenuto propria sia dei film che dei libri : *Statute Would Not Have Adverse Affect On Other Media. A typical video game involves a significant amount of physical activity. ... And pushing buttons that achieve an interactive, virtual form of target practice, while containing an expressive component, is not just like watching a typical movie*. Breyer prosegue quindi nella sua critica condividendo con Alito due punti. In primo luogo ritiene troppo sprezzante l’opinione della maggioranza rispetto all’insussistenza del rischio che *videogames* violenti possano causare danno ai minori, come difatti dimostrerebbero numerosi studi scientifici: “*There are many scientific studies that support California’s views. Social scientists, for example, have found causal evidence that playing these games results in harm. Longitudinal*

studies, which measure changes over time, have found that increased exposure to violent video games causes an increase in aggression over the same period. Unlike the majority, I would find sufficient grounds in these studies and expert opinions for this Court to defer to an elected legislature's conclusion that the video games in question are particularly likely to harm children. In secondo luogo anch'egli individua un *Serious Enforcement Gaps* del sistema *rating* di classificazione dei *videogames* violenti, sostanzialmente limitato all'apposizione di una "M" (Mature) sul *package* del *videogame*. La sottolineatura di tale inadeguatezza sarebbe provata non tanto dagli studi commissionati dal Congresso, i quali comunque certificano come il 20% della popolazione sotto i 17 anni abbia libero accesso ai giochi "M-rated" (percentuale che sale al 50% nei casi di vendite promozionali), quanto piuttosto dalla facilità con cui i minorenni riescono a superare i blocchi tecnologici che i produttori di console mettono a disposizione dei genitori onde evitare che i figli possano acquistare *online* giochi "M" *rated* ovvero far girare sulle console giochi preventivamente bloccati. Basta solo una rapida ricerca su Internet – sostiene *Breyer* – per trovare guide che spieghino come aggirare i suddetti controlli tecnologici; una di queste, fa rilevare allarmato il Justice, disponibile su *YouTube* e intitolata "*Come eludere i controlli dei genitori su Xbox 360*", è stata visionata circa 47.000 volte. Questa prospettiva induce quindi a ritenere che la questione sottoposta al giudizio della Corte Suprema non sia tanto relativa a un problema di censura rispetto alle libertà accordate dal primo emendamento – rispetto al quale la legge della California non è quindi incostituzionale – quanto piuttosto ad una problematica connessa all'educazione e all'istruzione⁶² delle future generazioni, una questione cioè attinente a

⁶² Le valutazioni espresse da *Breyer* e *Thomas*, soprattutto con riguardo al tema

scelte educative che alle volte possono essere compiute in autonomia dai bambini e dagli adolescenti, ma che altre volte è bene che siano altri soggetti a compiere, quali genitori, gli insegnanti, ovvero i rappresentanti che operano democraticamente attraverso i governi eletti. In ultima analisi, è per questo motivo che *Breyer* ritiene che il primo emendamento non impedisca ai governi di affiancare i genitori nella scelta relativa alla concessione o meno delle necessarie autorizzazioni ad entrare in contatto con videogiochi estremamente violenti.

7. VALUTAZIONI E PROGNOSE PER IL FUTURO DEI MEDIA.

La decisione della Corte Suprema costituisce senz'altro il coerente approdo di quella *Weltanschauung* inaugurata da *Richard Posner* nel 2001 con il caso *Kendrick*, tanto che non pare eccessivo affermare che

dell'educazione e dell'istruzione, sollevano una questione effettivamente interessante attraverso la quale mi pare che, quasi inconsciamente, i due Justices dissenzienti esprimano una condanna morale sull'attuale capacità dei genitori di educare correttamente i propri figli. Il punto di partenza è il seguente: abbiamo bisogno di consenso dei genitori per una miriade di cose, quindi perché non per permettere che i figli possano accedere ai contenuti violenti dei *videogames*? La risposta mi pare ovvia: il funzionamento di base del nostro sistema di libero mercato, permette ai genitori - meglio di quanto potrebbe fare qualsiasi regolamentazione legislativa - di esercitare il controllo dell'accesso dei minori i videogiochi violenti; quello che in effetti non mi pare abbastanza considerato è che la maggior parte dei bambini e degli adolescenti non hanno in genere un reddito tale a permettergli di accedere liberamente e ripetutamente al mercato dei videogame violenti. Un titolo della *Rockstar Game* - o uno analogo di ultima generazione - costa intorno dai 50 ai 70 dollari (ovvero euro), una spesa tutto sommato considerevole per la maggior parte degli adolescenti. Proprio perché sono i genitori ad avere il controllo sulla spesa, non dovrebbero esserci eserciti di adolescenti in grado di determinarsi autonomamente all'acquisto di quei titoli. In altri termini, giustificare impianti legislativi quali quello della California in tema di videogame violenti, data la presenza di un sistema di autoregolamentazione che permette facilmente di individuare il grado di violenza che caratterizza un *videogame*, altro non significa se non riconoscere che i genitori hanno fallito - laddove l'avessero mai intrapresa - in toto la loro missione educativa, demandando così al legislatore il compito di supplire alle loro carenze educazionali.

la penna della *U.S. Supreme Court* impugnata da *Scalia* sia in realtà stata guidata dalla mano di *Posner*, le cui valutazioni *illo tempore* rassegnate sono ora consacrate al massimo livello giudiziario attraverso il riconoscimento del *videogames* come nuovo mezzo di espressione delle idee al pari di tutti gli altri fino ad oggi riconosciuti, non limitabile oltre i classici limiti già elaborati dal *case law* statunitense. Dalla *majority opinion* emerge, infatti, come il videogioco, anche quello violento, a tali fini accostato ai classici della letteratura, da Omero a Dante fino ai fratelli Grimm, sia un rappresentante oltremodo illustre della cultura contemporanea e caratterizzato per l'essere, che piaccia o meno, un luogo intellettuale, interattivo, emotivo di sperimentazione, di creazione di nuovi linguaggi, di interazione sociale e di esplorazione del mondo tale da assurgere -meglio di qualsiasi altra tradizionale forma di espressione - a vero e proprio momento di sintesi tra le molteplici forme espressive come la musica, il film, il libro essendo, proprio per tali peculiarità, degno beneficiario della protezione accordata dal *First Amendment*. Su tali basi la *U.S. Supreme Court* distrugge letteralmente la legislazione statale attraverso la precisa attribuzione di significato alla costituzione federale in un campo almeno in apparenza di esclusivo dominio della legge, mostrando in questa maniera di saper valorizzare a tutto tondo quelle teorie dirette a dare della Corte Suprema l'immagine di assemblea legislativa permanente. Per questa via la *U.S. Supreme Court* rifiuta integralmente le tesi caratterizzate da contenuti basati più sul sensazionalismo polemico e sulla mancanza di evidenze scientifiche che sulla reale conoscenza delle opere video ludiche che escono tratteggiate come artefatto della modernità. Una decisione senz'altro importante per i videogiocatori così come per l'industria del *videogame*, ma non solo.

Nell'aver esteso l'ambito di applicazione della *free speech clause* ad un nuovo mezzo espressivo oltre quelli tradizionali mantenendo al contempo fermi i limiti elaborati dalla giurisprudenza, *Brown vs E.M.A.* si trasforma in una sentenza di protezione di tutti quei di linguaggi che si miscelano senza soluzione di continuità verso forme sempre nuove e non predeterminabili a priori. Aver deciso oggi di non limitare i *videogames* non può che favorire domani la nascita di ulteriori e sempre nuove forme di manifestazione del pensiero. Forse l'unica vera sorpresa deriva dal fatto che a stendere l'opinione di maggioranza della Corte sia stato *Scalia*, conosciuto per essere un pilastro dell'ala conservatrice più radicale della Corte suprema, spesso in contrasto anche con i colleghi conservatori portatori d'ideali maggiormente liberali. *Scalia*, negli anni, si è infatti caratterizzato proprio per l'essere aderente alla dottrina dell'interpretazione originaria della costituzione e così quindi per l'aver pressoché sempre mantenuto un punto di vista favorevole del potere nazionale e di un esecutivo forte, a tacer del fatto che in numerose interviste ebbe a manifestare in maniera inequivoca il suo favore di massima per le legislazioni di contenimento ai videogiochi violenti. Non di meno ha potuto redigere un'opinione di ampio respiro liberale, ferma, responsabile, mostrando pure, altrettanto fermamente, di poter replicare a viso aperto ai quei colleghi come *Thomas* e *Breyer* che, in effetti, hanno esposto osservazioni e critiche che era senz'altro più facile immaginare come provenienti dalla sua bocca. Ulteriori considerazioni sulla decisione saranno esposte oltre, nella parte relativa alle conclusioni ove, una volta esaminata la differente soluzione alla quale si è pervenuti in Europa in relazione ad una fattispecie assimilabile a quella americana,

sarà possibile mettere a confronto i differenti approcci argomentativi, interpretativi e culturali così emergenti.

8. CORRIDOI ATLANTICI. L'ALTRA SPONDA DELL'OCEANO E LA DIFFERENTE SOLUZIONE EUROPEA.

Diviene ora interessante rilevare la differente soluzione alla quale si è giunti in Europa in relazione al caso *Omega*, fattispecie in parte assimilabile a quella americana. Nel percorso argomentativo e motivazionale della Curia Europea, emergeranno, più o meno celate, linee di faglia tra i due sistemi collocati sulle opposte sponde dell'atlantico. Tali sistemi, seppure inseriti a pieno titolo entro l'ambito della tradizione giuridica occidentale, mostrano di poter radicalmente divergere in relazione elementi culturali che si svelano sotto i percorsi interpretativi di volta in volta assegnati alla comprensione dei testi costituzionali⁶³. E' questa considerazione che impone di concentrarsi sulla latitudine, forse eccessiva, che sembrerebbe aver caratterizzato l'esercizio della discrezionalità interpretativa del giudicante nel caso *Omega*. Per rendere sin da subito evidente l'estensione della divergenza rispetto al caso *Brown*, basta osservare che la Corte di Giustizia dell'UE ha censurato la pratica e la diffusione di un gioco ritenuto violento perché rendeva simulabile l'omicidio, dichiarandolo lesivo della dignità umana e quindi legittimandole l'eliminazione dal mercato. Non resta che vedere il perché e il per come di tale diverso approccio e quindi quale sia la

⁶³Per una prospettiva completa in ambito europeo si veda Palici di Suni Prat, Elisabetta. *Le Costituzioni dei paesi della Comunità europea*. Pavia: Iuculano, 1993.

reale giustificazione celata sotto un percorso formalistico che, almeno in superficie, appare difficilmente criticabile.

9. IL CASO OMEGA SPIELHALLEN UND
AUTOMATENAUFSTELLUNGS
GMBH CONTRO OBERBÜRGERMEISTERIN DER BUNDESSTADT
BONN.

Era accaduto che la società *Omega*, nella sua qualità di gestore di un impianto denominato “*laser drom*” nella città di Bonn, praticasse un’attività ludica, “*laser sport*”, realizzata con un’attrezzatura fornita da una ditta britannica, la *Pulsar*, e sviluppata a partire da un gioco per bambini liberamente disponibile in commercio. Ai partecipanti erano consegnate armi laser - che riproducevano le fattezze delle armi reali - unitamente a dei giubbotti con un meccanismo sensore ricevente collocato all’altezza del petto ed uno nella zona del dorso. I giocatori dovevano quindi sparare sulle sagome piazzate all’interno del labirinto ma anche sugli avversari, cercando di colpire il sensore e di conseguire il maggior punteggio. In seguito ad alcune proteste dei cittadini, l’autorità amministrativa tedesca (l’*Oberbürgermeisterin*) aveva proibito alla *Omega* di rendere possibile e/o tollerare nel suo esercizio giochi che avessero come oggetto lo sparo di colpi mirati su persone mediante raggi laser o infrarossi e dunque, mediante registrazione dei colpi andati a segno, la c.d. “*uccisione simulata in un contesto di gioco*” di esseri umani. Il tutto attraverso un provvedimento con il quale le veniva fatto divieto “*di rendere possibile o di tollerare nel suo (...) impianto giochi che hanno come oggetto quello di colpire deliberatamente uomini mediante raggi laser o altri strumenti tecnici (come, ad esempio, raggi*

infrarossi) nonché il cosiddetto “omicidio simulato” sulla base della registrazione dei colpi mandati a segno»”In caso d’infrazione sarebbe stata inflitta una multa di DM 1000 per ogni partita giocata. Tale provvedimento era adottato sulla base dell’art. 14, n. 1, dell’*Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen* (legge sulla polizia amministrativa del *Land Renania Nord-Vestfalia*) che disponeva: “*Le autorità di polizia possono adottare le misure necessarie per prevenire in casi particolari un pericolo che possa minacciare la pubblica sicurezza o l’ordine pubblico*”. Secondo il provvedimento di divieto, i giochi che si svolgevano nei locali gestiti dall’*Omega* costituivano un pericolo per l’ordine pubblico, dato che gli atti di omicidio simulato e la gratuità della violenza che ne conseguiva violavano i valori etici fondamentali riconosciuti dalla collettività tedesca. L’*Omega* resistette con tutte le sue forze contro un simile provvedimento che, di fatto, sanciva la fine della sua attività, ma il reclamo fu respinto dalla *Bezirksregierung* di Colonia nel 1995, poi ancora nel 1998 dal *Verwaltungsgericht* di Colonia e ancora nel 2000 dall’*Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein Westfalene* quindi anche dal *Bundesverwaltungsgericht* che riteneva però di sollevare innanzi alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale volta a chiarire se il provvedimento amministrativo adottato, certamente conforme – come visto - alla disciplina interna, ponesse un limite inammissibile alla libertà di prestazione di servizi e delle merci sancita a livello comunitario. In altri termini, il *Bundesverwaltungsgericht* pur considerando che, in applicazione del diritto nazionale il ricorso proposto dall’*Omega* dovesse essere respinto, si chiedeva se tale soluzione fosse compatibile con il diritto comunitario, in particolare con gli artt. 49 CE - 55 CE sulla libera prestazione dei servizi e gli artt. 28 CE - 30 CE sulla libera circolazione delle merci. Secondo la

giurisprudenza della Corte, gli ostacoli alla libera prestazione dei servizi che risultano da provvedimenti nazionali indifferentemente applicabili sono consentiti solo qualora tali provvedimenti siano giustificati da motivi imperativi d'interesse pubblico, qualora siano idonei ad assicurare il raggiungimento del fine da essi perseguiti e non eccedano quanto è a tal fine necessario. Inoltre, in aderenza al *leading case Schindler*, dette limitazioni potrebbero giustificarsi solo ove la motivazione fosse fondata su un diritto imperativo riconosciuto unitariamente nel suo significato da tutti i Paesi membri. La Corte di giustizia, interrogandosi sulla questione e pur rilevando la mancanza di una nozione comune di dignità umana, concluse ugualmente per la legittimità del provvedimento dell'autorità amministrativa tedesca, riconoscendo che le limitazioni all'esercizio di determinate attività economiche lesive della stessa erano compatibili con il diritto comunitario e che, quindi, i motivi di ordine pubblico che l'art. 30 CE richiama a tal proposito, pur dovendo intendersi restrittivamente e non potendo essere determinati unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni comunitarie, non dovevano necessariamente corrispondere ad una concezione condivisa da tutti gli Stati relativamente alle modalità di tutela di un diritto fondamentale. In tale prospettiva, la maggiore profondità della tutela prevista nell'ordinamento costituzionale tedesco a favore del diritto alla dignità umana, lì assunto non a principio di ordine generale - come nella maggior parte dei Paesi membri - ma quale autonomo diritto fondamentale dotato di carattere immediatamente precettivo, risultava ininfluente proprio perché la Corte non aveva mai inteso formulare un criterio generale per valutare la proporzionalità di ogni misura nazionale che si proponesse di limitare l'esercizio di un'attività

economica. Da qui la conclusione che la misura adottata dall'amministrazione tedesca non aveva nemmeno vulnerato il principio di proporzionalità, posto che il divieto di sfruttamento commerciale di giochi che comportano la rappresentazione di omicidi corrisponde al livello di tutela della dignità umana che la Costituzione tedesca garantisce sul territorio di quello Stato. L'intera *ratio decidendi* può quindi essere sintetizzata considerando che poiché l'ordinamento giuridico comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana, allora di conseguenza il diritto comunitario non può impedire che un'attività economica consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi, lesiva del diritto alla dignità umana, sia vietata da un provvedimento nazionale adottato per motivi di protezione dell'ordine pubblico.

10. ASPETTI CRITICI: MANCANZA DI BILANCIAMENTO E INVERSION-METHOD NELLA PRONUNCIA DELLA CURIA EUROPEA.

E' bene che tale soluzione venga esaminata non confrontandola *tout-court* con quella statunitense, dovendosi prima dare debitamente atto di quelle che sono le differenze che contraddistinguono le due fattispecie, anche al fine di prevenire le critiche formalistiche che possono sempre essere mosse ogni qual volta si scelga di esprimere una valutazione critica ad una decisione raggiunta in contesto confrontandola con quella rintracciabile in un altro ambito. Potrebbe essere innanzitutto eccepito che la sentenza *Omega* è differente sul piano della fattispecie da quella *Brown* perché nel primo caso a essere

interessata non è stata tanto la libertà di espressione quanto il rapporto di bilanciamento tra un diritto/principio (la dignità) e un diritto/libertà (la circolazione delle merci e dei servizi), laddove nel secondo caso la libertà di espressione costituiva l'argomento giuridico principale. Tuttavia la Corte di Giustizia ha avuto più volte modo di stabilire, recentemente con il caso *Schmidberger Internationale*, come “*neppure i diritti alla libertà d'espressione e garantiti dalla CEDU - contrariamente ad altri diritti fondamentali sanciti dalla medesima Convenzione, quali il diritto di ciascuno alla vita ovvero il divieto della tortura, nonché il divieto delle pene o di trattamenti inumani o degradanti, che non tollerano alcuna restrizione - appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale*” ammettendo la possibilità di restrizioni all'esercizio di quei diritti. Dacché, verosimilmente, la questione non sarebbe cambiata ove fosse stata messa in discussione direttamente la libertà di espressione. Le due situazioni divengono quindi confrontabili nella misura in cui, da un lato, vanno a incidere sostanzialmente sulla possibilità di diffondere contenuti violenti tramite attività ludiche o video ludiche classificate violente ovvero lesive della dignità umana e, dall'altro, nella misura in cui si propongono di valutare la legittimità di una norma che limita le libertà stabilite dalla costituzione (negli U.S.A.) o del Trattato (in Europa). Per cercare di comprendere a fondo la decisione europea, occorre preliminarmente evidenziare che il quadro giuridico emergente nel contesto europeo rende evidente che l'ordinamento comunitario è diretto innegabilmente ad assicurare il rispetto della dignità umana, privilegiandola rispetto ad altri diritti. Se, infatti, la dignità esprime la suprema pretesa al rispetto e alla considerazione che deve spettare all'essere umano in quanto tale – come emerge dalla

costituzione tedesca e dalla carta di Nizza e dal Trattato di Lisbona - fino a rappresentare i tratti distintivi dell'essere umano, essa non può che rimandare inevitabilmente ad un dato pregiuridico che ne fa il substrato e la premessa di tutti i diritti umani. Da questo punto di vista la sentenza *Omega* sembrerebbe quindi ineccepibile se si considera che il nucleo della decisione orbita proprio attorno all'idea che diritti tutelati dalle Costituzioni nazionali dei Paesi membri, quali la dignità dell'uomo, siano in grado di giustificare limitazioni alle libertà fondamentali previste dai Trattati, ad esempio la libera circolazione delle merci e dei servizi⁶⁴. In tale maniera è stato quindi normativamente possibile anteporre una valutazione di preferenza rispetto a un diritto fondamentale, già presa sul piano normativo (la dignità è gerarchicamente subordinata agli altri diritti anche se fondamentali) rispetto a un'altra libertà (la libera circolazione di merci e servizi) che sebbene altrettanto fondamentale è un *quid minus* rispetto a quel diritto. A farla semplice, il giudice comunitario non poteva che posporre le libertà economiche ai diritti umani, soprattutto tenendo a mente che l'ordinamento comunitario ha sempre riconosciuto un certo potere di discrezionalità ai singoli stati membri in materia di ordine pubblico e di tutela dell'ordine sociale. Ciò sin dalla nota sentenza *Cassis de Dijon* in cui già nel 1979 furono giustificati gli ostacoli alla circolazione delle merci prodotti dalle disparità tra le singole legislazioni in quanto necessari “*per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, alla efficacia dei controlli fiscali, alla*

⁶⁴ S'aggiunga che in Germania la dignità si configura come diritto autonomo e autonomamente azionabile dal momento che l'art. 1 della *Grundgesetz*: “*La dignità dell'uomo è intangibile. Rispettarla e difenderla è dovere di ogni potere dello Stato.*”(2) *Il popolo tedesco si riconosce pertanto nei diritti inviolabili e inalienabili dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, ella pace e della giustizia nel mondo.*”(3) *I diritti fondamentali previsti degli articoli seguenti vincolano il potere legislativo, il potere esecutivo e quello giurisdizionale, come diritto immediatamente efficace”.*

*protezione della salute, alla lealtà dei negozi commerciali ed alla difesa dei consumatori*⁶⁵. Se pertanto è da un lato possibile affermare come la sentenza *Omega* s'inscrive a buon titolo nel solco della giurisprudenza appena ricordata, valorizzando in tal modo le istanze nazionali fondate su diritti fondamentali del paese d'origine, titolari di un potere di *self restraint*, dall'altro non può tuttavia non rilevarsi, come meglio faremo al seguente paragrafo, come tale sistema sia incoerente nella misura in cui rende possibile, attraverso percorsi interpretativi, vietare in uno stato quanto è invece permesso in un altro.

11. IL PROBLEMA DELLA MANCANZA DI UNA CONCEZIONE UNITARIA ATTORNO ALLA QUESTIONE DELLA DIGNITÀ'.

Le principali criticità della motivazione vanno ravvisate nel fatto che la scelta di preferire la dignità umana - in linea di principio assolutamente incontestabile per le ragioni che si sono viste - è stata operata senza indagare l'effettiva capacità dell'attività *laser sport* offerta dalla *Omega* nel ledere la dignità. Va ricordato sul punto che l'ordinamento comunitario impone tradizionalmente che le misure restrittive della libera prestazione dei servizi - pur potendo, come visto, essere giustificate da motivi connessi con l'ordine pubblico - debbano essere prese a condizione che tali obiettivi non possano essere conseguiti con provvedimenti meno restrittivi. In tal senso non vi è chi non veda come la misura adottata dall'amministrazione tedesca sia radicale ed estrema, avendo di fatto cancellato l'attività ludica offerta dall'*Omega* dal mercato. In secondo luogo va evidenziato come negli

⁶⁵ Più recentemente Corte di Giustizia, 11 settembre 2003, n. C-6/01, *Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) e altri c. Portogallo*, in www.curia.eu.int

ordinamenti nazionali e internazionali non è comunque dato riscontrare un'omogeneità nell'individuazione del concetto giuridico di dignità e, quindi, un uniforme parametro valutativo che permetta di valutare cosa è lesivo da cosa invece non lo è. Difatti, la dignità, nei vari paesi membri, è generalmente vista come principio di ordine generale, sfuggente e non espressamente codificato⁶⁶ e che solo raramente trova una sua precisa collocazione come invece avviene, appunto, nell'ordinamento tedesco. Il paradosso al quale abbiamo già potuto fare riferimento viene da se: per questa via, quello che può rappresentare una minaccia alla dignità per uno Stato membro può tranquillamente non esserlo per un altro dotato di una diversa sensibilità. Basterà rilevare come nel caso di specie l'attività di diffusione dei fucili laser da parte della società *Pulsar* fosse regolarmente permessa nel Regno Unito. In altri termini, nel caso *Omega* non solo la valutazione sulla capacità di un determinato comportamento dell'uomo a ledere il bene della dignità non è stata affidata a una comune individuazione di significato (cosa è la dignità), ovvero, simmetricamente, all'individuazione di limiti (cosa lede la dignità) oltre i quali una determinata fattispecie è lesiva in *re ipsa*—come avviene negli U.S.A.—ma neppure è stata indagata l'effettiva incidenza dell'attività praticata dalla *Omega* in merito alla capacità di ledere in concreto la dignità umana, essendosi preferito prendere per buona la valutazione espressa dal singolo Stato Membro. Un oceano di quesiti resta senza soluzione. Il gioco offerto dall'*Omega* non era rispettoso della dignità ma rispetto a cosa, a un gioco che la rispetta, e quali caratteristiche deve possedere un gioco o un'attività per essere

⁶⁶ In Italia, al di là del riferimento contenuto nell'art. 41 Cost. (l'iniziativa economica privata non può svolgersi [...] in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana) la dignità umana è considerata come valore fondante.

conforme alla dignità ovvero quali altre lo caratterizzano per l'essere lesivo di quest'ultima e quindi fonte di pericolo per l'ordine pubblico? Questioni, queste, rimaste totalmente irrisolte e che pure si sarebbero dovute considerare dal momento che il giudice del rinvio aveva espressamente richiesto (i) se il divieto riguardante un'attività economica per ragioni di tutela dei valori fondamentali sanciti dalla Costituzione nazionale, in questo caso la dignità umana, fosse compatibile con il diritto comunitario e (ii) se la facoltà di cui dispongono gli Stati membri di limitare, per tali ragioni, determinate libertà fondamentali garantite dal Trattato, ossia le libertà di prestazione dei servizi e di circolazione delle merci, fosse subordinata, come indicava la sentenza *Schindler*⁶⁷, alla condizione che tale restrizione fosse basata su una concezione del diritto comune a tutti gli Stati membri. Perché quanto è stato affermato in maniera inequivoca in *Schindler* è proprio che le limitazioni possono essere giustificate solo a condizione che la motivazione risulti fondata su un diritto imperativo riconosciuto da tutti i Paesi membri. Nel caso di specie, quindi, l'assenza di un omogeneo riconoscimento del diritto alla dignità umana, nella sua estensione contenutistica, correlato alla riconosciuta legittimità del gioco in esame in altri Stati membri, avrebbe dovuto orientare il giudizio della Curia europea nel senso del contrasto del provvedimento interno con le libertà del Trattato. Tale aspetto, come abbiamo avuto in parte già modo di vedere, non è ovviamente sfuggito alla Corte, che ha intercettato la presenza di una sensibile differenza quantitativa fra il diritto fondamentale alla dignità umana come riconosciuto dall'ordinamento tedesco ed il *principio generale* comunitario della dignità umana, ma che poi la Corte stessa ha

⁶⁷ Corte di Giustizia, 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, in www.curia.eu.int.

dimostrato di non voler approfondire, più per ragioni politiche che giuridiche⁶⁸. Va considerato, infatti, come la sentenza si collochi nell'immediato periodo precedente ai vari *referendum* con cui la Costituzione Europea sarebbe stata sottoposta ai vari Stati, che certamente avrebbero visto con favore una pronuncia riconoscente un peso alle singole Carte costituzionali nazionali così come pure alle normative interne in materia di ordine pubblico. Si è quindi tradita la *doctrine Schindler*, giustificando l'impianto motivazionale facendo riferimento a talune letture delle sentenze Läärä⁶⁹ e Zenatti⁷⁰, emanate successivamente a *Schindler*, che porterebbero a ritenere che la Corte non sia più rigidamente ancorata alle teorie che individuano nella presenza di una nozione comune la *condicio sine qua non* attraverso la quale limitare la libera prestazione dei servizi. La pronuncia appare criticabile quindi anche per la sconfessione che opera rispetto al principio tradizionale di primazia del diritto comunitario su quello nazionale. Facendo un passo indietro, occorre ricordare come nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*⁷¹, la Corte avesse escluso espressamente che le libertà fondamentali potessero trovare un limite nelle disposizioni nazionali in materia di diritti fondamentali. In quell'occasione fu rimarcato che il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle

⁶⁸ Omega Spielhallen und Automatenaufstellungs GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn: "Il giudice del rinvio si domanda tuttavia se, alla luce della sentenza 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler* una nozione comune del diritto in tutti gli Stati membri sia una condizione necessaria affinché tali Stati siano legittimati a limitare discrezionalmente una determinata categoria di prestazioni protette dal Trattato CE. Sulla base di una tale interpretazione della citata sentenza *Schindler*, il provvedimento controverso difficilmente potrebbe essere confermato se non fosse possibile dedurre una nozione comune del diritto per quanto riguarda la valutazione, negli Stati membri, dei giochi che simulano omicidio", in www.curia.eu.int

⁶⁹ Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-124/97, Läärä, in www.curia.eu.int.

⁷⁰ Corte di Giustizia 21 ottobre 1999, n. C-67/98, Zenatti, in www.curia.eu.int.

⁷¹ Corte di Giustizia, C-11/70, 17 dicembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, in www.curia.eu.int

istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. In altri termini la validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario perché il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può trovare un limite in qualsiasi norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità e “*di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato*”⁷². Come pure si trova affermato nella sentenza *Tanja Kreil*⁷³ ove fu stabilito che il diritto comunitario osta all'applicazione di disposizioni nazionali, anche se di natura costituzionale. E' per questi motivi che la sentenza *Omega* costituisce una vera e propria inversione metodologica rispetto al tradizionale principio di primazia del diritto comunitario e internazionale su quello interno ai singoli Stati membri. L'opera valutativa dell'interprete - apparentemente guidata nel caso concreto dal regime di primazia giuridica attribuito al concetto di dignità, che ha permesso nel caso di specie di rendere giustificabile non operare una valutazione approfondita in merito al bilanciamento dei rispettivi interessi - sarebbe dovuta tornare prepotentemente alla ribalta a causa dell'elasticità e dell'indeterminatezza dei concetti stessi di ordine pubblico e dignità umana. Va sul punto rilevato che l'esistenza di spazi di discrezionalità, inevitabili e forse necessari al funzionamento stesso dell'ordinamento giuridico, non possono

⁷² Corte di Giustizia, 24 marzo 1994, causa C-275/92, Schindler, in www.curia.eu.int.

⁷³ Corte di giustizia, 11 gennaio 2000, n. C-285/98, *Tanja Kreil/Repubblica federale di Germania*, in www.curia.eu.int.

giustificare il tradursi di tale discrezionalità in arbitrio. Nel caso *Omega* la motivazione si è risolta proprio in questo, in un'argomentazione in parte apodittica ed in parte tautologica, celebrativa da un lato della dignità dell'uomo ma, dall'altro lato, poco rispettosa delle libertà che esso sarebbe titolato a esercitare concretamente.

12. CONCLUSIONI VIDEOGAMES COME PARADIGMA DELLO SCONTRO TRA CULTURE INTERNE ALLA WESTERN LEGAL TRADITION. LA QUESTIONE DELL'INTERPRETAZIONE DEL TESTO COSTITUZIONALE TRA REALISMO GIURIDICO E GIUSNATURALISMO POSITIVISTA.

Le due soluzioni evidenziano l'esistenza di un *clash* culturale interno alla *Western Legal Tradition*. Facendo riferimento alle modalità di argomentazione della U.S. Supreme Court e della Curia Europea strutturalmente collegate all'oggetto tipico delle controversie da decidere - e quindi attraverso il giudizio espresso sulla conformità di una disposizione legislativa alla Costituzione in relazione al contenuto violento o lesivo della dignità in un *game/videogame* - è possibile infatti rilevare l'esistenza di recondite e profonde linee di demarcazione che continuano a distinguere le due principali famiglie interne alla tradizione giuridica occidentale. Sulle rispettive sponde dell'atlantico, stante l'originalità della questione che si poneva, le risultanze processuali si sono tradotte non solo in un'attività decisionale di tipo giuridico, guidata cioè da precisi riferimenti normativi, ma anche in una attività decisionale dominata da regole generali e astratte, da principi. Un territorio insomma completamente dominato dalla virtù della ragionevolezza e che rimanda

inevitabilmente a un'immagine quasi sapienziale della decisione giudiziale⁷⁴, nella quale più che le leggi contano le opinioni degli uomini e quindi le loro interpretazioni. A tal proposito, soffermandosi sul tema dell'interpretazione, non può qui essere tralasciata l'acuta distinzione tracciata da quegli autori⁷⁵ che più di altri hanno mostrato particolare attenzione a tale tema. Una distinzione cioè tra il “*problema di fatto*” inteso come “*studio del modo in cui in un ambiente dato i giuristi impiegano certi criteri o certe convenzioni, tacite o esplicite che siano*”, e “*come questione del modo in cui l'interpretazione deve essere condotta, o del modo in cui l'interpretazione deve presentare i risultati delle proprie operazioni ermeneutiche*”. Impiegando questa “tassonomia”, potrebbe allora arguirsi, stanti anche le critiche sopra esposte al percorso argomentativo della Curia europea, come la decisione *Omega* sia il frutto di un percorso interpretativo del secondo tipo. Un percorso nel quale il vero problema non è tanto rappresentato dall'individuazione di una soluzione, quanto piuttosto dall'individuazione del modo con cui rendere presentabile i risultati di una decisione già presa in precedenza. Diversamente, la decisione della Corte Suprema, nell'equiparare videogames e letteratura, onde estendere ai primi le tutele costituzionali riconosciute alla seconda, s'indirizza maggiormente verso l'interpretazione intesa come “problema di fatto”, mostrando un certa prossimità a quella corrente di pensiero nota come realismo giuridico. Più si legge la sentenza *Brown* e più ci si accorge di come la *U.S. Supreme Court* senta come forte l'esigenza di passare dalla norma astratta ad un qualcosa di maggiormente

⁷⁴ Sull'idea della giustizia come immagine sapienziale si rimanda a B. Celano, *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto*, in Basciu, M. *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale*. Milano: Giuffrè, 2002.

⁷⁵ Monateri, Pier Giuseppe. “Correct our watches by the public clocks.” *Diritto, giustizia e interpretazione*. Ed. Jacques Derrida and Gianni Vattimo. Roma – Bari: Laterza, 1998, 204-206.

concreto, al problema di fatto appunto, come sembrerebbe anche certificare la innegabile dimensione sociologica che si è scelto di dare alla pronuncia. Di contro, la decisione della Corte di Giustizia nell'attribuire la primazia alla dignità umana -a prescindere dall'analisi dell'effettiva incidenza lesiva di determinati comportamenti nei termini che già si sono visti –finisce per divenire espressione congiunta di un'ideologia giusnaturalista e positivista, del tutto opposta a quella americana. Se, quindi, dalla quantità di carte che sono state scritte, si potrebbe pensare che le principali famiglie interne alla *Western legal Tradition* si stiano tra loro avvicinando sempre maggiormente, in realtà esse mostrano di poter vivere anche due vite distinte. In una di queste, la più famosa, si vengono effettivamente incontro: le differenze formali, sono considerate un *quid* scolastico e l'evidenziazione dei principali tratti distintivi è affare ormai relegato solo al corso di sistemi giuridici comparati tanto nell'ambito del diritto privato quanto in quello del diritto pubblico. I grandi comparatisti come Schlesinger⁷⁶ e Watson⁷⁷, Zweigert e Kötz⁷⁸, Monateri e Gambaro⁷⁹, hanno in effetti avuto il merito di certificare la crescente contaminazione tra la cultura giuridica dei Paesi anglosassoni e di quelli dell'Europa continentale, che partendo da posizioni sostanzialmente diverse, raggiungono nella pratica applicazione gli

⁷⁶ Schlesinger, Rudolph B. "Past and Future of Comparative Law." *Am. J. Comp. L.* 43 (1995): 477 .

⁷⁷ Watson, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Charlottesville: University Press of Virginia, 1974.

⁷⁸ Zweigert, Kurt and Kötz, H. *An Introduction to Comparative Law*. New York: Oxford University Press, 1998.

⁷⁹ Gambaro, Antonio and Monateri, Pier Giuseppe. "Comparazione giuridica." *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, IV: 3-22 , 1989; Monateri, Pier Giuseppe. "The 'Weak Law': Contaminations and Legal Cultures." <http://works.bepress.com/monateri/2/>, ultima visita agosto 2010.

stessi risultati. S'aggiunga poi anche che dalle letture di *Hayek*⁸⁰, così come da quelle di *Teubner*⁸¹, ove debitamente calate dal contesto economico a quello giuridico, come fatto da *Fitzpatrick*⁸², emerge che le dinamiche della globalizzazione finiscono inevitabilmente per confluire in una visione transnazionale che origina da quelle che sono le prassi elaborate presso i sistemi economici dominanti e che pertanto tendono ad imporsi amalgamando e quindi rendendo le soluzioni uniformi o quantomeno simili. Come nell'economia e nella finanza, insomma, lo stesso fenomeno che condiziona la tendenza mondiale alla concentrazione verso un unico grande mercato si ripresenta nell'universo delle regole e dei principi⁸³. Ma questa, come detto, è solo la prima vita dei rapporti tra sistemi posti sulle opposte sponde dell'atlantico, l'altra essendo del tutto diversa, molto meno lineare e certamente più intrigante. Tra Europa e Stati Uniti d'America vi sono difatti baluardi che paiono ancora insormontabili, che si manifestano nelle questioni apparentemente più banali e che però, proprio per la loro diffusione, dovrebbero invitare ad un momento di riflessione nella misura in cui sembrano dirci che l'occidente era occidente anche prima di essere moderno, sicché è conseguenza ovvia che esista un insieme se non di diversi valori occidentali, quantomeno di diversi modi di approcciarsi a quei valori, essendo parimenti naturale individuare valori culturali indipendenti dalla modernizzazione, dalla

⁸⁰ F. Von Hayek, *Law, Legislation and Liberty*. Vol. 1. *Rules and Order*. Chicago: The University of Chicago press, 1973.

⁸¹ Teubner, Gunther, "How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law Self-organisation: Portrait of a scientific revolution." *Law and Society Review* 23.5 (1989): 727-75

⁸² Fitzpatrick, Joseph P. "Globalization and the Humanity of Rights." *Law, Social Justice and Global Development* (2001): 1 ss.

⁸³ Sul punto si veda Cooter, Roger, Mattei, Ugo, Monateri, Pier Giuseppe, Pardolesi, Roberto, Ulen, Thomas. *Il mercato delle regole, analisi economica del diritto civile*. Bologna: Il Mulino, 2006.

globalizzazione e che, come tali, non sembrano essere negoziabili, al di là del modo attraverso il quale si giunge a giustificarne la difesa per via interpretativa. Il che non necessariamente rappresenta un problema.